BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III.
RACCOLTA
VILLAROSA
C
231(1
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

C. 1. 2

Digitized by Google

HENRICI BOCERI ICti.

INCLYTAE ACADEMIAE TVBINGENSIS quondam Professoris, &c.

DISPUTATIONUM DE UNIVERSO QUO UTIMUR JURE, METHODO ELEGANTI CONSCRIPTARUM

PARS PRIMA.

CONTINENS CLASSES ANTERIORES QUATUOR, JURIS STUDIOSIS, ET IN PALAESTRA FORENSI militantibus, summè utiles.

EDITIO TERTIA, PRIORIBVS MVLTO AVCTIOR & emendatior, cum Indice rerum & verborum fideli ac locupletißimo.

STUDIO ET OPERA

JOHAN-JACOB. Frischen/ J. U. D. & Supremi Dicasterij Württembergici Advocati.

ARGENTORATI.

Sumptibus Hæredum LAZARI ZETZNERI.

ANNO M. DC. XXXIV.

Digitized by Google

Seneca, Epiſtolâ 84.

Studioſi apes imitari debent, & quæcunque ex diverſa lectione congeſserint, ſeparare; meliùs enim diſtincta ſervantur. Deinde adhibitâ ingenij curâ & facultate, in unum ſaporem varia illa libamenta confundere, ut etiam ſi apparuerit, unde ſumptum ſit, aliud tamen eſse, quàm unde ſumptum eſt, appareat.

Digitized by Google

ILLUSTRI AC GENEROSO
Domino,

Dn. PLEICKHARDO ab Helmſtatt/ DOMINO in Hinſingen &c. EQVITI AURATO, COPIIS WÜRTEMBERGICIS PRÆFECTO Generali, Conſiliario Würtembergico intimo, ejuſdemq; Curiæ Magiſtro Magno &c. Domino meo gratioſo.

NEC NON

VIRIS MAGNIFICIS, NOBILISſimis, Ampliſſimis & Excellentiſſimis,

Dn. JACOBO LOEFFLERO, JC. Comiti Palatino, Regiæ Coronæ Sueciæ Conſiliario, & Sereniſſimi Principis Württembergici Cancellario.

Dn. JOH. SEBASTIANO HORNMOLD, JC. Conſiſtorij Eccleſiaſtici Directori.

Dn. ANDREÆ BURCKHARDO, JC.

Dn. JOH. LEONHARDO BRAITSCHVVERT, JC.

Dn. JOH. WILHELMO KRAUSIO, Cameræ Ducalis Procuratori.

Conſiliariis Württembergicis ſecretioribus atque eximiis.

Dnn. Patronis, Fautoribus, ac Affinibus meis perpetuo obſervantiæ cultu proſequendis.

Digitized by Google

INcaſſum laborare non videntur, *Illuſtris ac Generoſe, Magnifici, Nobiliſſimi, Ampliſſimi, Excellentiſſimi Dnn. Patroni, ac Fautores devotâ mente colendiſſimi*, qui ſuas lucubrationes, boni & utilitatis publicæ causâ, typis, in teſtimoniū optimæ erga Patriam affectionis, utq; exinde poſt funera virtus atque fama eorum vivat, mandari curant.

Quem ſcopum ſibi propoſitum habuit *IC. quondam Eximius Dn. Henricus Bocerus, Academiæ Tubingenſis Profeſſor, Conſiliarius, Aulicæ Curiæ Würtembergicæ Aſſeſſor &c. p. m. Præceptor ac promotor meus deſideratiſſimus*, nihil antiquius exiſtimans, quàm communi literariæ Reipubl. commodo, cum virium & valetudinis detrimento etiam, inſervire. Cujus rei omnes boni teſtes ſunt, & probant eius in lucem edita ſcripta; inter quæ Claſſes hæ Diſputationum haud infimum locum tenent.

Cùm itaque *Præcellentiſſimo Dn. Bocero*, tempore Studiorum meorum fuerim commendatiſſimus, Claſſes has cum cæteris editis, & adhuc nonnullis lucem fugientibus ſcriptis ſuis, mihi revidendas & publicandas concredidit, & cōmendavit ſedulò; Iuſſum hunc Præceptoris mei detrectare nefas putavi, eapropter Diſputationes has, de univerſo quo utimur Iure, diligenti & accuratâ methodo cōſcriptas (quæ inſtar Locorum Communium mihi hactenus fuerūt) cum annotationibus, additionibus, & præjudiciis Illuſtris ac ſupremi Dicaſterii Würtembergici perquàm

Digitized by Google

multis, subjuncto Indice fidelissimo, in publicum iterum prodire curavi.

Pro more itaque recepto, *Illustr. Vestr. Generos. Magn. Nobil. Ampl. & Excell. Patronos ac Fautores meos*, eâ quâ par est animi submissione, adversus iniquos obtrectatorũ susurrus, commissum mihi munus ex debito aggredior. Quodsi enim injuriâ à litigantibus affici Iudex videtur, si quis alterius Iurisdictioni se suamque causam subjicit, licet multò plus oneris & molestiæ, quàm commodi & emolumenti in se contineat judicandi potestas: quantò majori, *Illustr. Vestr. Gen. Magn. Nob. Ampl. & Excell.* dulcissimæ nostræ Patriæ Præsides, quibus post DEUM OPT. MAX. & Serenissimos Principes nostros, omnia vitæ & fortunarum debemus præsidia, affecturus essem injuriâ, si alios huic à me renovatę, revisę, & auctę editioni, Patronos & Defensores quærere velim.

Suscipite igitur *Illustr. ac Generos. & Magn. Nobil. Ampl. & Excell. Dnn. Patroni ac Promotores gratiosi ac colendissimi*, has Classes benigno ac clementi animo, Vestráque me Gratiâ & benevolentiâ complecti ne dedignemini, humiliter ac obnixè rogo. Dabam Tubingæ, Calend. Iul. Anno 1633.

Illustr. Vestr. Generos. Magn. Nobil. Ampl. & Excellent.

Observantissimus ac studiosissimus
Cliens,

JOHAN JACOBUS Frisch/ J. U. D. & supremi Dicasterij Würtembergici Advocatus.

Digitized by Google

INDEX
DISPVTATIONVM
omnium Partis primæ.

CLASSIS I.

Disputatio		Pag.
I.	De juris variæ significatione, de propria appellatione artis juris: & de ipsa Iustitia.	1. & seqq.
II.	De partibus juris in genere; in specie verò de triplici juris causa efficiente.	6. & seqq.
III.	De formis & modo sive specie comprobandi, vel constituendi juris.	15. & seqq.
IV.	De jure non scripto; sive consuetudine & aquitate.	34. & seqq.
V.	De Statu personarum.	43. & seqq.
VI.	De Statu legitimè vel illegitimè natorum: itemq; capitis statu.	48. & seqq.
VII.	De patria potestate.	54. & seqq.
VIII.	De sponsalibus.	58. & seqq.
IX.	De matrimonio.	63. & seqq.
X.	De legitimatione.	87. & seqq.
XI.	De adoptione.	91. & seqq.
XII.	De unione prolium.	99. & seqq.
XIII.	De modis dissolvendi jus Patriæ Potestatis.	106. & seqq.
XIV.	De tutelis.	114. & seqq.
XV.	De Cura.	145. & seqq.

CLASSIS II.

I.	De obligationibus, & pollicitatione.	153. & seqq.
II.	De pactis.	164. & seqq.
III.	De contractu in genere: & in specie de emptione & venditione.	177. & seqq.
IV.	De locatione & conductione.	200. & seqq.
V.	De Societate.	219. & seqq
VI.	De mandato.	232. & seqq.
VII.	De contractu, quo re constituitur obligatio: tum in specie de mutuo.	255. & seqq.
VIII.	De indebiti solutione.	270. & seqq.
IX.	De commodato, & precario.	278. & seqq.
X.	De deposito.	287. & seqq.
XI.	De jure sequestrationis.	295. & seqq.
XII.	De pignoribus & hypothecis.	318. & seqq.
XIII.	De contractibus innominatis.	350. & seqq.
XIV.	De emphyteusi, itemq; libellario, & chirographario contractu.	378. & seqq.

XV. De

Index Disputationum

Disputatio		Pag.
XV.	De stipulatione.	417. & seqq.
XVI.	De fidejussoribus.	448. & seqq.
XVII.	De constituto, & mandato, quo quis pro alio intervenit: itemque de Senatusconsulto Velleiano.	461. & seqq.
XVIII.	De jure dotium.	470. & seqq.
XIX.	De donationibus.	489. & seqq.
XX.	De transactionibus.	510. & seqq.
XXI.	De arbitrio alieno, in quod contrahentes aliquid definiendum receperunt.	518.
XXII.	De Evictionibus.	520. & seqq.

CLASSIS III.

I.	De testamentis, & maximè qui testamentum facere possint.	548. & seqq.
II.	De testamenti solennitate.	558. & seqq.
III.	De institutione, & exheredatione liberorum, parentum, itemq; fratrum, & sororum.	580. & seqq.
IV.	De heredum institutione eorum, quos testator omittere potest.	597 & seqq.
V.	De heredis substitutione.	610. & seqq.
VI.	De codicillis.	637. & seqq.
VII.	De fideicommissariis hereditatibus.	650 & seqq.
VIII.	De legato & fideicommisso speciali.	668. & seqq.
IX.	Quibus modis testamentum infirmetur.	708.
X.	De hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur.	717.
XI.	De adquirenda vel amittenda hereditate.	735.
XII.	De bonorum possessionibus.	757. & seqq.
XIII.	De collatione bonorum.	771. & seqq.
XIV.	De apertura testamentorum, & missione scripti heredis in possessionem rerum hereditariarum.	784. & seqq.
XV.	De incapacibus & indignis heredibus, legatariis, & fideicommissariis.	788. & seqq.
XVI.	De obligatione ex tutela, itemq; cura administratione nata.	792. & seqq.
XVII.	De negotiorum gestione.	796. & seqq.
XVIII.	De indebiti pura solutione, & rerum communione.	805. & seqq.
XIX.	De obscuratione finium, litis contestatione, & possessione rei exhibenda.	818. & seqq.
XX.	De condictionibus ob causam dati: ob turpem vel injustam causam: & sine causa.	830. & seqq.
XXI.	De condictione ex lege: & Triticaria condictione.	838 & seqq.
XXII.	De jure retractus.	848. & seqq.
XXIII.	De exercitoria, institoria, & tributoria actione.	861. & seqq.
XXIV.	De peculio, & de in rem verso actionibus.	868. & seqq.

CLAS-

Index Disputationum partis primæ.

CLASSIS IV.

Disputatio		Pag.
I.	*De maleficio: & quidem de furto, & rapina.*	*875. & seqq.*
II.	*De damno ex quo legis Aquiliæ; vel in factum prætoria actio: tum etiam de corruptela hominis.*	*892. & seqq.*
III.	*De publicanis, vectigalibus, & commissis.*	*905. & seqq.*
IV.	*De injuriis.*	*917. & seqq.*
V.	✠ *De vi expulsiva, turbativa, & inquietativa.*	*939. & seqq.*
VI.	*De vi compulsiva, de dolo item malo, & alienatione judicij mutandi causâ facta.*	*959. & seqq.*
VII.	*De alienatione in fraudem creditorum, vel patroni facta.*	*975. & seqq.*
VIII.	*De corruptione albi Prætoris, de majoris summæ in libello actionis petitione: de vocatione in jus contra edictum: de exemptione violentâ eius, qui in jus vocatus est: de dolosâ retentione eius, qui in judicium vocatus est: de contemptu jus dicentis: & de judicatione mala, dolo facta.*	*983. & seqq.*
IX.	*De extraordinariis criminibus.*	*989. & seqq.*
X.	*De crimine Maiestatis divinæ, quod sacrilegium jure appellãt.*	*1001. & seqq.*
XI.	*De crimine Maiestatis humanæ.*	*1011. & seqq.*
XII.	*De adulterio, stupro, incestu, Lenocinio, Sodomia, Raptu.*	*1020. & seqq.*
XIII.	*De vi publica, & privata: ubi etiam pactis de crimine fractæ pacis.*	*1035. & seqq.*
XIV.	*De omni homicidio, & doloso incendio.*	*1043. & seqq.*
XV.	*De crimine falsi.*	*1055 & seqq.*
XVI.	*De crimine repetundarum: crimine fraudatæ annonæ: Peculatu: Sacrilegio furtivo: crimine Residuorum: Ambitu: Plagio.*	*1063. & seqq.*
XVII.	*De quasi delictis.*	*1075. & seqq.*
XVIII.	*De damno infecto, & operis novi nunciatione.*	*1086. & seqq.*
XIX.	*De modis, quibus obligatio dissolvitur.*	*1103. & seqq.*
XX.	*De usuris.*	*1124. & seqq.*

EXCEL-

✠

Digitized by Google

I.

EXCELLENTISSIMI JC.

DN. HENRICI BOCERI,

INCLYTAE ACADEMIAE TVBINGENSIS ANTECESSORIS EXIMII, Sereniſſimorum Principp. Würtembergiæ, &c. Conſiliarii graviſſimi, & Supremi Dycaſterii Aſſeſſoris Ampliſſimi, &c.

DISPUTATIONUM DE VNIVERSO QVO VTIMVR IVRE.

CLASSIS I. DISPUTATIO I.

DE JURIS VARIA SIGNIFICATIONE; de propria appellatione artis Juris, & de ipſa Juſtitia.

THESIS I.

IVRIS SIGNIFICATIONES PRINcipales tres ſunt. Vna: quâ lex quælibet etiam non ſcripta deſignatur. (a) Alterâ: quâ ipſum æquum & bonum, lege conſtitutum, denotatur. (b) In qua utraque ſignificatione accepto juris nomine Iuſtitia poſterior eſt Iure. (c) Tertia juris ſignificatio principalis eſt, quâ ipſa ars juris continetur. (d) In qua ſignificatione cum juris nomen capitur, Iuſtitia rectè prior dicitur hoc jure. (e) 1

a) § Con-

a) §. *Constat autem 3. in princ. junct. vers. seq. Instit. de Iur. natural. gent. & civil. l. Nam ad ea. 5. ff. de legib. l. Ius civile. 6. in princ & §. 1. ff. de Iustit. & jur. Donell. libr. 1. Comment. de jure civil. cap. 3. lit. 34. & seq.* Aliàs verò lex & jus differunt ut causa & effectus. *per l Omnes 9. ibi jus constituit. ff. de Iustit & jur. l. 3. l. Iura. 8. ff. de legib. l. Ius autem 7. ff. de Iustit. & Iur.* (b) *per l. 1. §. 1. ibi, boni & aqui, l. pen. in princ ff. dict. tit. l. si & me 32. in fin. ibi, bonum & aquum est, ff. de reb cred.* (c) ut patet ex definitione Iustitiæ propolita *in l. Iustitia 10. ff. de Iustit & Iur. Et in princ. Instit. eod. tit.* Cum enim Iustitia habitus sit, ex ipsis constitutis legibus, ex ipso item æquo & bono legibus comprehenso, natus, consequens ei est, Iustitiam posteriorem esse utroque hoc jure, cujus quidam est effectus, (d) *d. l. 1. in princ vers. Nam ni eleganter, ff. de Iustit. & jur.* (e) Nomen illud Ius, quod artem denotat, à Iustitia appellatum est, *d. l. 1. in princ. vers. Est autem, ff. d. t.* Proindeque Iustitia tempore prior est hoc nomine Iuris. Ars enim posterior est eo, quod arte continetur. vid. Everhard. Bronchorst. *cent. 1. ἐναλλαγ. assert. 1.*

2 Præter has juris significationes principales, juris nomen continet quoque locum, in quo Magistratus jus reddit. id est, æquum & bonum negociis decernit.

d. l. pen. ver. Alia significatione, ff. de Iustit. & jur. tot. tit. si quis in jus vocatus non ierit, tot. tit. In jus vocati ut eant. tot. tit. Ne quis eum, qui in Ius vocabitur. Vi eximat, & tot. tit. de interrogat. in jure faciend.

3 Significat item vox juris id, quod cujusque suum est, lege ei tributum; ut cum dicimus, jus suum conservare: (a) Non debet cuiquam jus suum detrahi: (b) Item oportet jus suum cuique tribui. (c) Proindeque denotat etiam facultatem & potestatem quandam faciendi aliquid; ut in definitione ususfructus, (d) & in definitione actionis. (e)

a) *l. ult. ff. de legib.* (b) *l. 2 ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* (c) *l. Iustitia. 10. in princ. de Iustit. & jur.* (d) *l. 1. ff. de usufr. & tit. Instit. eod. in princ.* (e) *l. Nihil. 51 ff. de obl. & act. & §. 1. Inst. de actio. Item in l. 1. in pr. sibi jus potestasq; esto, ff. ad leg. Falcid.*

4 Denique jus etiam pro necessitudine accipitur, lege constituta naturali vel civili; ut cum dicimus; Est mihi jus cognationis, vel adfinitatis. (a)

a) *l. ult. ff. de just & jur.* De justitiæ ethymologia vide Excellentiss. Dn. Besold. *in præcogn. adl. 1. lib. 1. ff. tit. 1. quæst. 1.*

5 Iuris autem, quod artem appellamus, cognitionem universam Vlpianus Iurisc. (a) & post eum Imp. Iustin. (b) appellant Iurisprudentiam; quam definiunt divinarum atque humanarum rerum notitiam, justi atque injusti scientiam.

a) *inh.*

a) *in l. Iustitia 10. §. 2. ff. de Iustit. & jur.* (b) *§. 1. Instit. de Iustit. & jur.* de qua Dn. D. Besold. *ad leg 10. lib. 1 ff. quæst. 20. tit. 1.*

Per res divinas Vlpian Iurisconsultum significare jus, quod in re- 6
bus sacris consistit, evincit ex ejusdem Iurisconsulti sententia *in d. l. 1. §. 2. vers. publicum. ff. de Iustit. & jur.*

Aliæ verò res sacræ fuerunt Ethnico Iurisconsulto Vlpiano; aliæ 7
verò res divinæ & sacræ sunt Iustiniano Imp. in repetita illa Iurisprudentiæ definitione. Hic enim per res divinas & sacras significat jus, quod ad Dei cùm dilectionem, ac cultum pertinet; ita etiam ad Ecclesias, earumque privilegia, & patrimonium spectat: Item quod pertinet ad damnationem hæreticorum, qui à fide Orthodoxa, & Dei Ecclesia dissentiunt; de quo jure est hodie *Tit. 1. 2. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11. lib. 1. Codicis.*

Cæterum hæ res divinæ & sacræ alia ratione & fine ad Iura nostra 8
pertinent; alia item ad Theologiam. Ad jura pertinent nostra publicæ salutis in humana societate conservandæ causa. Ad Theologiam verò spectant propter æternam salutem hac in vita inchoandam, in cœlo autem continuandam, & perpetuandam.

Vnde perperam à nonnullis *Iurisprudentia* ars Iuris definitur. *(a)* 9
Vocabula enim *Iurisprudentia, notitia, scientia*, qualitatem animi significant, non artem præceptis comprehensam. *(b)*

a) *Vide me ad §. 1. Inst. de Iust & Iur.* (b) *Id quod Cujac. quoque in posterioribus notis ad Instit. §. 1. Instit. de justit. & jur. agnoscit.* Vbi scientia, inquit, est habitus scientis & intelligentis animi: Ars est etiamsi nemo eam intelligat: quæ nec nisi per abusionem scientia dicitur; & contra. Est enim ars nihil aliud, quam collectio præceptorum. Simon Pauli *part. 1. method. Theolog pag. 8. fac. 2. Memmit quidem Iustinian. Imp. media Iurisprudentia in §. Cæterum, vers. Media autem, Instit. de legit. agnat. succeff.* Atqui per mediam Iurisprudentiam non significat eo loco Imper. artem juris nostri, sed vel simpliciter & propriè, scientiam juris, quâ polluerunt juris conditores post legem 12. Tabul. antequam tamen Imperatores Rempub. occuperant: Vel per metonymiam effecti denotat ibi Iurisprudentiæ vox quandam legem, quæ differentiam induxerat inter masculos & fœminas in successione agnatorum: quæ lex Voconia fuisse videtur ex Iulio Paulo *lib. 4. sentent. tit. 8 §. Fœmine ad hæreditates, ubi Cujac. Idem Cujac. in notis ad tit. Instit. de lege Falcid. in verb. Lex Voconia.* Vide Dn. D. Besold. *ad l. 1. lib. 1 ff. tit. 1. quæst. 5.*

Ipsam verò juris artem propriè appellati Nomicam existimamus: 10
Cum Græcis Νομικὴ ars juris dicatur. Cæterum juris quoque nomen cum Vlpiano Iurisconsulto in hac quoque significatione meritò retinemus.

11 Est autem jus, sive nomica ars æqui & boni, *(a)* ad salutem societatis humanæ hac in vita feliciter tuendam, *(b)* constituti. *(c)*

a) *d. l. 1. §. 1. ibi ars boni & æqui. & l pen. in princ ff. de Iustit. & jur. l. sed & me 32. in fin. ff de red. cred. l. in his 16. ff. de condit. & demonstr. l. Bona fides 31. in princ ibi æquitatem summam, & §. 1. ff depositi, l. Quod si sumptum 87. ff. de petit. hæredit. l. 1. in princ ff. de pact l. 1. in princ. ff. de Constit. pecun. l. 1. in princ ff. de minorib. l. Non tantum 20. ff. de re jud. l. Cum quis 10. C. de naturalib. liber.* Et Cicer. in Topic. Ius, ait, civile, est æquitas constituta iis, qui sunt ejusdem civitatis, (b) *l. 1. § Hujus studii, ibi, quod ad statum rei Romanæ spectat. Item ibi, ad singulorum utilitatem: Item ibi, quædam publicè utilia, quædam privatim, & l. penult ibi in quaque civitate utile est, ff. de Iustit. & jur. l. 1. §. 2. ff. de legibus l. 2. §. 1. & §. Novissimè, 11. ff. de orig. jur. Novell. 163. In princ. Constit. Iustin. de concept. Digestorum. Cicero libr. 2. de legibus. Item in Orat. pro Cæcinna, & in Vatin. Primo loco*: ad salutem, *scribit*, civium, civitatumque incolumitatem vitamque hominum & quietam, & beatam, conditæ sunt leges. *Secundo loco*; nihil est, *ait*, in civitate tam diligenter retinendum, quam jus civile, etenim hoc sublato, nihil est, quare exploratum cuiquam possit esse, quid suum, quid alienum. *Vltimo loco*: à majoribus, *inquit*, nostris, nulla alia de causa leges sunt inventæ nisi ut suos cives incolumes conservent, (c) Omne jus constitutum dicitur, non modo civile, sed & naturale gentiumque jus *l. omnes populi. 9. junct. l. 1. §. jus naturale, ff. de Iustit. & jur.*

12 Æquum & bonum id omne est, quod leges naturales, gentium & civiles constituunt, jubent, atque præcipiunt.

l. 1. l. 2. ff. de legibus. d. l. 1. §. jus naturale, & d. l. Omnes populi, ff. de Iust. & jur. Verbum, *Bonum*, intelligi jus publicum, At Voce *Æquum* significari jus privatum aliqui opinantur. Dominic. Arumæus *Exercit. Iustin. 1. thes. 6.*

13 Iuris, sive nomicæ præcepta sunt hæc tria: Honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

lig Iustitia. 10. §. 1. ff. de Iustit. & jur. & §. Iuris præcepta. Instit. eod. tit.

14 Hæc autem juris præcepta inter se opposita esse, nec aliud alio contineri sentimus.

Sunt qui putant, & quidem ferè omnes ita sentiunt, primum præceptum generale esse, & complecti cætera duo. Idem quoque Iudicium nonnulli edunt de præcepto tertio, quod autumant suo quoque complexu coercere duo priora præcepto. Non desunt etiam qui eo ducuntur errore, ut existiment, *suum cuiq; tribuere*; aliud esse hîc, aliud in definitione

Digitized by Google

tione Iustitiæ. Hic specialiter id accipi, ibi generaliter. Quod si autem ita generalia essent primum & tertium præceptum, in leges sanè bonæ & accuratæ divisionis commisisset Vlpianus, & post eum Iustinian. Imp. quippe cum omnis legitima divisio partibus oppositis constare debeat: Et quò major fuerit inter se partium dissensio, eò accuratior ipsa erit divisio. At hunc lapsum ipsis juris autoribus adscribere mihi religio esset: præsertim qui videam, jus quoddam esse, quod duntaxat in honestate consistit; quoddam item quod tantum consistit in vitanda læsione alterius; & quoddam, quod solum in tribuendo suum cuique consistit. Vide etiam Dominic. Arum. *Exercit. Iustin 1. thes 11.* & Ernest. Cothman. *lib. 1. disp. Iur. Civil ad Instit. disp. 1. thes 3. qui ambo oppositionem hic agnoscunt. Hu junge* Dn. D. Besold *ad leg. 10. lib. 1. tit. 1. ff. quæst. 10. & seqq.*

Ecce enim jure cautum, ne quis filiam conjugis suæ post divortium 15
ex alio procreatam uxorem ducat. *(a)* Hoc juris præceptum, honestatis tantùm præceptum est, nec in fines cæterorum juris præceptorum transit: id quod arguit etiam hæc juris Regula: Semper in conjunctionibus non solum quod licet considerandum est, sed & quod honestum est. *(b)* Iure item cavetur, ut pro impossibili habeatur conditione, & pro non scripta, sub qua pater filium sibi hæredem scribit, si adulterio se maculaverit. *(c)* Quod juris præceptum duntaxat intra honestatis fines sese continet: ut & illud, quo disponitur, ne Præses provinciæ jus dicat Professoribus juris pro honore, hoc est, salario; hac ratione, quod civilis sapientia sit res sanctissima, quæ nummario precio non sit æstimanda, nec dehonestanda. Et licet honestè accipiatur à Iuris Professore, inhonestè tamen id peti. *(d)* Iure item constitutum est, ne fœmina pro alio postulet; Item ne infamis postulet pro aliis, certis personis exceptis. *(e)* Quod meherculè juris præceptum, honestatis tantum præceptum est. Ius quoque vetat; viduam intra luctus tempus ad secunda transire vota, *(f)* Quod similiter honestatis præceptum est, non commune cum duobus reliquis præceptis.

a) *§ si uxor tua, Tit. Instit. de nupt. l. si quasi 12. §. si uxor, ff. de ritu nupt.* (b) *l. semper 42. ff. de ritu nupt.* (c) *Si filius 15. ff de condit. & demonstr.* (d) *l. 1 §. Proinde, 5 ff. de extraord. cognitionib.* (e) *l. 1. §. Secundo loco, 5 & § Ait Prætor 8. ff. de postuland,* (f) *l. 2 C de secund. nupt. l. 1. ff. de his, qui notantur infam.* Et jus Civile nihil nisi quod honestum est præcipere, eleganter probat Dn D. Besold. *dict. leg. 10. quæst. 15.*

Quod attinet secundum juris præceptum, de non lædendo alte- 16
rum, spectat illùd ad personam tantùm cujusque hominis, quam violari vetat: ne scilicet illi mortem inferamus, aut vulnus impingamus: *(a)* Et non tantum personam alterius concernit, sed & propriam. Nemo enim suorum membrorum Dominus est. *(b)*

 a) *l.*

a) *l. Liber homo 13. in princ. ff. ad leg. Aquil.* Pertinet igitur hoc præceptum ad L. Cornel. de sicariis, & alios ejusdem generis titulos, (b) eleganter Dn. D. Besold. *in tr. d. vit. & mort. consid. fol. 100.*

17 Tertium juris præceptum, suum cuique tribuere, pertinet tantùm ad Iustitiam particularem, cui tanquam proprio subjecto propositum est. Hæc enim Iustitia æquabiliter suum cuique tribuit.

l. Bona fides 31. §. 1. vers. Et probo, ff depositi. Novell. 69. in princ, & Novell. 164, in princ. Idem sentit Arum. *dict. disput. 1. thes. 11.*

18 Quando autem post Vlpianum Iurisconsultum, (a) Imperator Iustinianus hanc particularem Iustitiam definit, (b) constantem & perpetuam voluntatem, loco generis tropicè subjectum pro adjuncto, sive continens pro contento ponit (c) Voluntas enim est subjectum Iustitiæ, non ipsa Iustitia; quippe quæ habitus est voluntatis, sive animi. (d)

a) *In l. Iustitia 10. ff. de Iustit. & jur.* (b) *in princ Instit. eod. tit.* (c) *Donell. lib. 12. Comment. cap. 1.* Gipuan. *antinom. præm them. 3 ad fin.* Treutler. *vol. 1. disput. 1. thes. 1. lit C.* (d) Sic Iurisconsultus tropicè contractum definiens *in l. Labeo 19. ff de Verb. Significat.* contractum, ait, ultro citroque obligationem esse. Ipse enim contractus obligatio non est, sed conventio, unde obligatio nascitur, *l. 1. § Conventionis, ff de pact.* Etsi igitur ipsa constans & perpetua voluntas non sit Iustitia, tamen per hoc subjectum significatur adjunctum, habitus scilicet. Atque ita hæc definitio à reprehensione *Rodolphi Agricolæ lib. 2. de Invent. cap. 5.* vindicari potest. Quamvis autem actu & exercitio voluntas hominis cujusq; fluctuet, atq; hac ratione constans & perpetua voluntas non videatur in hominem cadere; attamen respectu affectionis habitus ille constans & perpetuus esse potest, sicuti hoc Pauli arguit: Quod volo bonum, non facio; quod nolo, id verò facio *De hac definitione vide* Everhard. Bronchorst. *cent. 1. inæqual. assert. 2.* & Dn. D. Besold *ad dict. l. 10. ff. d. just. & jur. quæst. 1.*

19 Suum verò cuique tribuere, est tribuere id, quod legibus & jure alicui debetur: id quod sic, ex speciebus particularis Iustitiæ cognoscitur; Quæ duæ sunt: distributiva & correctiva, sive commutativa. Distributiva Iustitia versatur circa honores, præmia & pœnas pro ratione meritorum distribuendas; correctiva sive commutativa Iustitia versatur circa contractus, & æqualium rerum permutationes.

Latè Wesenbec. *in Paratitl. ff. d. just. & jur. num. 11. & seqq.*

20 Quod si autem quæras, quid particularis Iustitia ab universali differat, respondeo, ab hac illam differre, non quod species à genere, nec quod

Digitized by Google

quod species à specie, sed quod membrum ab integro. Vtraque versatur circa leges. Est enim Iustitia definitore Cicerone lib. 1. de legibus, obtemperatio legibus institutisque populorum; Sed universalis Iustitia versatur circa omnes leges, & earum observationem: At particularis Iustitia versatur tantum circa leges, quæ suum cuique tribuere jubent.

Cæterum universi juris positiones duæ sunt; id est, duplex est usus, 21
& finis juris Romani, cujus gratia constitutum est: Publicum scilicet & privatum commodum. Vnde jus aliud publicum, aliud privatum. PUBLICUM IUS EST, quod publicè est utile; ut quod rectâ & principaliter ad statum rei Romanæ spectat: Veluti quod in sacris, sacerdotibus, & magistratibus consistit.

D. l. 1. §. Hujus studii, ff. dict. tit. & d. §. hujus studii Instit. eod. tit. l. amissione civitatis 5. §. ult. & l. seq. ff. de capit minut. Dn. D. Besold. *ad dict. l. 1. quæst. 13. & seqq.* Alii definiunt Publicum jus, quod ad statum rei Romanæ tuendum spectat, *per d. l. 1. §. hujus studii 2. ff de Iust. & jur.*

IUS PUBLICUM in sacris consistens, est jus illud, quod ad DEI 22
tum ad cognitionem, tum dilectionem ac cultum pertinet: Atque ita etiam ad Ecclesias earumque privilegia, & patrimonium spectat. Item quod pertinet ad damnationem hæreticorum, qui à fide Orthodoxa, & DEI Ecclesia dissentiunt.

De quo jure publico agitur sub lib. 1. Cod. tit. 1. 2 5. 6. 7. 8. 9. 10 & 11.

IUS PUBLICUM IN SACERDOTIBUS CONSISTENS 23
EST, quod de Ecclesiæ ministris, & eorum prærogativis, potestate, immunitatibus, & privilegiis conditum est.

De quo sub tit. Cod. de Episc. & Cler. & tit. de Episcopal. audient.

Ius publicum consistens in magistratibus est de officio, potestate & 24
dignitate eorum, qui Reip. gubernandæ præsunt.

De quibus agitur tit. 9. & seqq. Vsque ad tit. 23. lib. 1 ff. & tit. 26. & seqq. lib. 1. Cod.

Adhæc jus publicum consistit quoque in rebus ad Reipublic. ad- 25
ministrationem necessariis & idoneis: ut sunt res fisci: Item opera & pecunia, quæ Reipub. debentur.

De quib. est tit. ff & Cod. de jure fisci. tit. de re milit. tit. de muneribus & 26
honoribus.

Similiter juris publici est conventio, quæ fit per pacem, quoties inter se Duces belli de re quadam, ipsum bellum concernente, paciscuntur.

L. conventionum. 5. §. 1. ff. de pact.

Est quoque juris publici procreatio liberorum, quatenus civium 27
genus propagat, & civitatem liberis replet.

L. 1. ff.

Digitized

l. 1. ff. ſolut. matr. Novell. 22. in princ. & Novell. 140. in princ. Novell. Leon. 26. in princ. de jure & privilegiis numeroſæ prolis. vide Marcum Vertaneum Maurum, libro ſingulari, de jure liberor. Sunt & alia juris publici exempla, quæ poſtremis libris Cod. & alibi in libris noſtri juris proponuntur.

28 PRIVATUM IUS EST, quod rectâ & principaliter ad ſingulorum utilitatem pertinet; ut quod cuivis ex populo in Republ. utile eſt.

d l. 1. §. hujus ſtudii. 2. ff. de juſtit. & jur. & §. hujus ſtudii, Inſtit. eod. titul.

29 Quia tamen ex hoc jure etiam in publicam utilitatem aliquid redundat, idcirco in libris noſtri juris quodammodò & per conſequentiam publicum dicitur.

Vti in l. 3. C. ex quibus cauſ. major. l. Patronus 8. ff. de tutel. l. ex ſententia 29. ff. de teſtament. tutel. l. 2. C. ne uxor pro marit. l. 1. §. 1. verſ. ſecundo capite, ff. ad leg. Aquil. §. in poteſtate, verſ. expedit enim, Inſtit. de hi, qui ſui vel alieni juris ſunt, & l. ſervum 33. §. publicè, ff. de procurat. Quidam ſentiunt jus privatum etiam publicum jus dici ideò, quod non ſit in privatorum utilitatem, ſed à lege modus illi præfiniatur, qui modus neceſſariò ſervandus ſit, Bald. *in l. ceſſante. C. quomod. & quand. judex.* Nec per æquipollens ad impleri poſſit, *l. 1. ff. de liber. & poſthum.* ubi Angel. Alexand. *& alii Dd.* Huc pertinet illud, Ius publicum privatorum pactis mutari non poteſt. *l. 3. C. d. juriſdict. l. jus publicum. 38. ff. d. pact. l. 45. in fin. ff. de regul. jur.* Item, privatorum conventio juri publico non derogat. *l. 55. ff. de legat. 1. l. 15. §. 1. ff. ad Leg. Falcid.*

CLASSIS I. DISPUTATIO II.

DE PARTIBUS JURIS IN GENERE: in ſpecie verò de triplici Juris cauſa efficiente.

THESIS I.

SEquitur de partibus juris, quod attem dicimus. Sunt autem duæ hujus juris partes: Vna de Origine, & conſtitutione juris, id eſt, æqui, & boni; Altera de juris ejuſdem ſubjectis, & negotiis, in quibus jus conſtitutum eſt. In ori-

In origine & constitutione juris duo potissimum spectamus; caus- 2
sam juris efficientem; tum formam & modum constituendi & comprobandi juris: quem Pomponius Iurisconsultus speciem constituendi juris vocat.

In l. 2. §. deinde cum esset, 8. ff. de orig. jur.

Causa efficiens juris triplex est: ipsa natura, ratio naturalis, & civi- 3
lis populi cujusque constitutio. Vnde jus aliud naturale, aliud gentium, aliud civile.

l. 1. §. hujus studii, vers. Privatum jus, & §§ seqq. l. 4. vers. Quæ res à jure gentium, l. Ius civile 6. ff. de just. & jur. §. ult. Instit. d.t. l. Bona fides. 31. ff. depositi, & tot. tit. Instit. de jur. nat. gent. & civil. Item æquitas alia naturalis, alia civilis, *l. 1. §. 1. ff. si quis testam. liber esse juss. est.*

Naturale & gentium jus, quia ad omnes communiter pertinet ho- 4
mines, ab Vlpiano & Cajo Iurisconsultis, itemque Iustiniano Imp. commune jus dicitur: & civile jus appellatur ab iisdem jus proprium; eò quod certi alicujus populi, ad quem spectat, proprium est.

l. Ius civile 6. & l. Omnes populi 9. ff. de just. & jur. §. Ius autem civile, Instit. de jur. nat. gent. & civil.

Sed quæritur an jus tantum privatum in hasce tres species divida- 5
tur, non etiam jus publicum? Antiquo glossatori Ioanni, ut & Fran. Hotomanno, *(a)* placet, utrumque jus ita dividi posse. At contrarium volunt Wesenbec. *(b)* & Eguin. Baro. *(c)* Cæterum posteriori sententiæ subscribere dubito nihil. *(d)*

a) *ad §. ult. Instit. de jur. nat. gent. & civil. de hac quæstione* latè Dn. Besold. *in delibat. lib. 1. ff. quæst. 9. fol. 21. & in præcognit. ff. lib. 1. tit. 1. leg. 1. quæst. 19. fol. 37.* Gœdd. *ad l. 6. pr. 11. ff. de verb. signif.* (b) *In Paratitl. ff. de Instit. & jur. num. 14, vers. Hujus autem studii, & ad §. ult. Instit. de jur. nat. gent. & civil.* (c) *ibidem*, (d) *Omne* enim jus publicum, est tantum civile, quatenus publicum est, ex instituto scilicet cujusque populi. Definitur quippe Ius publicum, quod ad statum rei Romanæ spectat. Religio quidem erga Deum, generaliter considerata, est juris gentium, cum omnibus gentibus sua sit religio, *l. 2. ff. de Iustit. & jur.* Est item juris publici, cum ad universum Reipubl. statum pertineat Religionem colere. Atqui specialiter considerata religio, qualis ea in quovis populo constituta est, & singulari quadam forma ab aliquo populo instituta, non juris gentium est, sed juris civilis.

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit. *(a)* Hoc 6
est, quod quidem, quatenus est jus, solius est hominis; quippe cum jus in brutas animantes, quæ sensu carent, non cadat, ut nec injuria: *(b)*

Digitized by Google

Similitudo tamen & simulacrum aliquod hujusce juris in brutis animantibus apparet. Et uno ut verbo dicam; jus naturale illud est, quod natura produxit circa eas actiones, & qualitates, quæ hominibus cum brutis animantibus communes sunt; ut ecce, maris & fœminæ conjunctio, prolis procreatio, & educatio, communes sunt actiones hominibus cum brutis animantibus. Vnde jus quod circa has actiones versatur, est jus naturale. *(c)*

a) *dict. l. 1. §. Ius naturale, ff. de Iustit. & jur. & tit. Instit. de jur. nat. gent. & civil. in princ.* Vbi Cujac. *in notis scribit*, quod simplici saltem dictante ratione ab hominibus pro jure receptum est, id ii & in brutis inclinatione animadvertitur, recte jus naturale dicimus, (b) *l. 1. §. 2. ff si quadrup. pauper. feciss. dicetur*, (c) *d. l. 1. §. Ius naturale & §. seq. ff. de Iustit. & jur. & tit. Instit. de jur. nat. gent. & civil. in princ.* Dn. D. Besold. *in Comment. ad l. 1. tit. 1 lib. 1. ff. quæst. 20.*

7 Defensio item adversus vim & impetum aliorum communis est à natura hominibus cum brutis animantibus, proindeque etiam juris naturalis est.

l. Scientiam 45. §. qui cum aliter, ff. ad leg. Aquil. Et Cic. *lib. 1. de offic.* Principio, inquit, generi animantium omni est à natura tributum, ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea, quæ nocitura videntur. Dn. D. Besold. *ad l. 3. ff. d. Iust. & Iur. quæst. 1.*

8 Est quoque libertas juris naturalis. *(a)* Hæc enim qualitas, libertas scilicet, communis est hominibus cum brutis animantibus. *(b)* Et me herculè certiori argumento jus naturale definire & distinguere à gentium jure non potuissent juris conditores, quàm hoc ipso, cujus similitudinem & imaginem quandam in brutis animantibus cernimus: quippe cum bestiæ sint specula ipsius naturæ. *(c)* Et in bestiis vis naturæ inspici possit, quarum in fœtu & educatione laborem cum cernimus, ipsam naturæ vocem audire videamur. *(d)*

a) *l. 4. vers. quæres à jure gentium, ibi jure naturali omnes liberi nascerentur, ff de Iustit. & jur. §. 1. Inst. de jur. person. l. 64. ff. d. condi. indebit.* Donel. *lib. 1, Commentar. cap. 7. fol. 17.* (b) *l. 3. ff. de adquir. rer. dom.* (c) *uti Cic. scribit lib. 2. de legib.* (d) *Idem Cic. lib. 3. de finib.* Dn. D. Bocer. *de duello. cap. 10. num. 16. & seqq.*

9 Quia verò, ut dictum, liberorum educatio juris est naturalis, non rectè ab aliquibus dicitur dedecori esse nobili matri liberos suos lactare, maximè cum jus civile generaliter jubeat matrem per triennium lactare prolem suam

l. pen. ubi gl. & Dd. C. de patria potestate, sed vide addit. ad Bart. ibidem.

Digitized by Google

dem & eundem, Bartol. in l. Alimenta, ubi Paul. de Caſtr. C. de negot. geſt. Inſpiciendus quoque Plutarch· libell. de educat. liberor. ubi vetat, infantes dare nutriendos meretricibus. vide pro hac ſententia pulchrè diſſerentem Tyraquell. *Tractat. de Nobilitat. cap. 20. num. 80. & ſeqq. De liberis ſpuriis vide Novell. 89. cap. ult. & Auth. Ex complexu, C. de inceſt. & inutilib. nupt.* Gabriel. Paleot. *lib. de noth. & ſpuriis cap. 46. & Andr. Gail. lib. 2. obſervat. 88. numer. 4.*

Ius gentium eſt, quod naturalis ratio inter omnes homines conſti- 10
tuit: *(a)* Quod cum à naturali ratione conſtitutum ſit, ſimiliter in libris noſtri juris naturale jus dicitur: *(b)* Quia verò minus naturale eſt hoc jus, quàm illud, quod idem de natura ſubjectum habet in hominibus & brutis animantibus: idcirco ab Vlpiano Iuriſconſulto & Imperatore Iuſtiniano in ſpecie jus gentium appellatur. Aliud verò, quod magis eſt naturale: quippe cum verſetur circa ea, quæ natura omnia animalia docuit, propriè ipſis & in ſpecie eſt jus naturale.

a) *l. Omnes populi 9. verſ. quod verò, ff. de Iuſtit. & jur. §. Ius autem civile, Inſtit. de jur. nat. gent. & civil.* (b) *uti arguit l. 1. ff. de adquir. rer. dom. l. 1. ff. de novat. l. fidejuſſor, 16. §. fidejuſſor, 3. ff de fidejuſſorib. l cum amplius 84. §. Is natura; 1. ff. de reg. jur. l. penult. in princ. ff. de juſtit. & jur. l. naturaliter 13. & l. ſeq ff. de condict. indeb. § ſingulorum, Inſtit. de rer. diviſ.*

Eſt autem jus gentium duplex: Nam vel ingenitum eſt humano ge- 11
neri ſtatim in prima ejus creatione, & ortu: vel poſtea demum uſu exigente & humanis neceſſitatibus, ratio naturalis conſtituit. *(a)* Prioris generis jus gentium Dd. noſtri vocant jus gentium primævum: Poſterioris generis verò jus gentium appellant jus gentium ſecundarium. *(b)*

a) *l. 2. 3. 4. & 5. ff. juſtit. & jur. §. Ius autem gentium. Inſtit. de jur. nat. gent. civil. l. 1. in princ. ibi. & quia antiquitus. ff. de acquir. rer. domin.* (b) *quam diſtinctionem Dd. noſtrorum approbat* Arius Pinelus *ad Rub. Cod. de reſcind. vendit. part. 1. num. 11. & ſeqq.* & Dn D. Beſold. *part. 1. delibat. ad lib. 1. ff. num 6. Alii verò eam plane contemnunt, vide Coraſ. lib. 6. Miſcell. cap. ult. Qui hoc utitur argumento, quod IC. in l. 1. ff de juſt. & jur. unius tantum juriſgentium mentionem faciat:* Corasio conſentit Everh. Bronchorſt. *cent. 1. tractat. aſſert. 3.*

Prioris generis juris gentium exempla ſunt, religio erga DEUM; 12
& pietas erga parentes & patriam. *(a)* Item propulſatio violentiæ, & impetus injuriosi: *(b)* Poſterioris generis exempla ſunt, dominiorum diſtinctio, bella, ſervitutes, manumiſſiones, contractus ferè omnes &

Digitized by Google

eorum obligationes. (c) Hæc enim ab initio cum omnia adhuc essent communia, generi humano incognita erant; Posteaquam verò terra hominum multitudine frequentari cœpit, nec ampliùs communiter possideri cuncta possent, hæc quæ dixi, successu temporis, urgente ita hominum vitiu & necessitatibus, sequuta fuerunt.

a) *l. 2. ff de just. & jur.* (b) *l. 3 ff d t.* Dico, injurioſi, ad differentiam ejus impetus, & violentiæ, ejuique propulsationis, quæ est juris naturalis. Brutum animal sensu carens, ut facere injuriam non potest, ita nec intelligit, vim injuriosam sibi inferri. *dict. leg. 1. §. 2. ff. si quadrup. pauper. feciſſ. dicatur.* unde nec vim injuriosam propulsare dicitur. (c) *l. manumissione 4. & l. seq. ff. de justit. & jur. §. Ius autem gentium, Instit. de jur. nat. gent. & civil.*

13 Id autem commune est utrique juri, naturali scilicet, & gentium, quod semper firmum atque immutabile permanet.

§. Sed naturalia quidem jura, Instit de jur nat. gent. & civil. & §. ult. Instit. de legit. agnat. tutel. Sed vide Vasq. d. succeſs. progreſſ. in Prefat. numer. 144. vide etiam Everhard. Bronchorſt. cent. 1. Catholico. assert. 4.

14 Etsi verò in genere suo hoc utrumque jus immutabile sit, in subjectis tamen individuis ex justa & idonea causa, si non funditus tolli, minui tamen & temperari potest.

l. Ius civile 6. in princ. ff. de just. & jur. §. Et libertas quidem, junct. §. seq. Instit de jur. personarum. l. minimè 35. ff. de religios. & sumpt. fun. Novell 89 cap. ult. Menoch lib. 1. conſ. 100. Donell. lib. 1. cap 12. pag. 19. Vide omnino Felin. ad c. quæ in Ecclesiarum, num. 2. cum plurimis seqq. extr. de constit. & Marant. part. 4. Specul. Advocat. num. 67. Petr. Heig. part. 1. quæst. jur. quæst. 15. num. 28.

15 Ius civile est, quod una quæque civitas, sive quisquis populus, quasi proprium sibi jus constituit.

l. Omnes populi 9. ff. de just. & jur. §. Ius autem civile, & §. Sed jus quidem civile, Instit. de jur. nat. gent. & civil.

16 Dicitur jus civile, quod civitatis illius, à qua constitutum est, quasi proprium jus est. Atque hoc jus efficitur, quoties aliquid additur, vel detrahitur juri naturali, vel gentium juri. (a) Matrimonium est juris naturalis. (b) Huic autem à civili constitutione additur certus quidam modus contrahendi matrimonii, qui ritus nuptiarum dicitur, (c) qui in eo consistit, ut filifam. necessariò consensum adhibeant parentum suorum, in quorum potestate sunt. (d) Vt item personæ contrahentes nuptias à ministro Ecclesiæ certa solennitate adhibitâ copulentur; Et ut sponsa in domum sponsi deducatur; sicuti infrà suo loco tradetur. Est itaque matrimonium ratione hujus ritus, qui à lege civili, additus est matrimo-

Digitized by Google

trimonio, juris civilis. Conventio item omnis est juris gentium, quatenus conventio est, hoc est, consensus in idem placitum. (e) Consensus enim omnium est gentium; Huic gentium juri à lege civili certus alicubi modus additus est: veluti stipulationis conventioni hic modus ad substantiam stipulationis absolvendam præscriptus est à jure civili, ut verbis fiat, inter præsentes, præcedente interrogatione, & subsequente responsione. (f) Vnde stipulatio est juris civilis. (g) Probatio quoq; per duos testes, est juris gentium. (h) Huic juri gentium additum est à lege civili, ut ad probandam ultimam voluntatem adhibeantur vel testes septem, si testamentum fit, (i) vel quinque testes, si fuerit Codicillus. (k) Aut donatio mortis causa. (l) Testamenti quoque ordinatio, quamvis omnium gentium sit, si usum testandi omnium populorum, id est, communem & nudam testatoris voluntatem spectes; ob solennitatem tamen, quam in condendo testamento jus civile desiderat juris civilis est. (m)

a) *dict. l. jus civile 6. ff. de justit. & jur.* (b) *l. 1. §. naturale jus ff. dict. tit. §. 1. Instit. de jur nat. gent. & civil.* (c) *tot. tit. ff. de ritu nupt.* (d) *l. 2. ff. dict. tit. §. 1. junct. §. si adversus ea, Instit. de nupt.* (e) *l. 1. ff. de pact.* (f) *l. 1. in princ. & l. 7. in princ. ff. d. t. tit. Instit. de Verb. Oblig. in princ.* (g) *§. de constituta 9. vers. Nam alioquin, Instit. de act.* (h) *Deuth. 7. & Matth. 17.* (i) *§ Sed cum paulatim, ibi septem testibus adhibitis, & §. 7. Instit de testam.* (k) *l. ult. §. ult. C. de Codicill.* (l) *l. ultim. C. de donation. caus. mort.* (m) *l. 4. ff. qui testam. fac. poss.*

17

Efficitur quoque, ut dixi, jus civile, cum juri naturali, vel gentium juri aliquid detrahitur: quod similiter exemplis est declarandum. Libertas est juris naturalis. (a) Huic juri naturali aliquid detractum est per jus civile. Si enim liber homo major viginti annis ad precium participiandum sese venundari patiatur, jure civili efficitur servus, & desinit esse liber. (b) Verat item jus gentium, ne quis in alterius agro, in quo lapicidinæ, auri, vel argenti fodinæ sunt, domino invito lapidem cædat, aurum, vel argentum effodiat: jure tamen civili, puta consuetudine effici potest, ut si quis voluerit ex agro alieno lapidem cædere, vel argentum, aurumve effodere, id facere possit: si prius certum solatium pro hac facultate domino agri præstet. (c) Redditio quoque depositi est juris gentium; huic gentium juri detractum est aliquid in persona deportata: Ius enim civile præcipit, ut non ipsi deportato depositum restituatur, sed ut in publicum deferatur. (d)

a) *l. 4. §. quæ res, ibi, jure naturali omnes liberi nascerentur, ff. de just. & jur. supr. h. disp. thes. 8.* (b) *§. Servi autem aut nascuntur, 4. vers.*

Aut jure civili, Instit. de jure pers. (c) *l. venditor 13. §. si constat. 1. ff. communia prædior.* (d) *l. bona fides 31. in princ. ff. depositi.*

18 Non est hoc loco ignorandum, quod licet jus commune, id est, naturale & gentium jus suo in genere sit immutabile, ut suprà ostensum; jus tamen civile, sive proprium jus sæpenumero mutetur, vel alia postea lege latâ; vel tacito consensu populi.

dict. §. Sed naturalia Instit de jure nat. gent. & civil. l. De quibus, 32. in fin. ff. de legibus. Sed quò minus jus civile scriptum tolli possit usu populi, facere videtur. *l. 2. C. quæ sit long. consuet. verùm hanc legem cum d. l. de quibus, in concordiam reducit* Donell. *lib. 1. Comment. cap. 10. &* Cujac. *in Parat. C. quæ sit long. consuet.*

19 Ius autem civile sui mutationem recipit, cum ejus ratio, vel cessaverit, vel minor fuerit, vel Reipublic. minus contulerit, & evidens utilitas abrogationem juris veteris, & novum jus suaserit. *(a)* Et certè cum natura novas deproperet edere formas, proindeque humani juris conditio perfecta & stabilis non sit, *(b)* atque diversi eventus, diversa gignant consilia, & remedia suggerant, *(c)* non debet ista mutatio reprehensibilis judicari, maximè cum & ipse Deus ex his, quæ in Veteri Testamento statuerat, nonnulla mutavit in novo. *(d)*

a) *l. 2. ff. de constit. princ. & §. 1. ibi, utilissimum & necessarium hoc civibus esse, Instit. de Codicill.* (b) *l. 2. §. sed quia 18. Cod. de jur. vet. enucl. & Novell. 74. in princip.* (c) *l. 1. in princip. ff. de ventr. inspic.* (d) *c. non debet, 8. extr. de consang. & affinit.*

20 Atque hæc differentia est communis & naturalis juris; Cui & aliud discrimen addi potest ab adjuncto. Nam Ius naturale, & gentium jus suum semper nativum nomen retinent, nec aliud nomen ratione primi ortus sui assumunt; At civile jus alienam appellationem à sua scilicet civitate capit. Sic leges Solonis & Draconis appellantur jus civile Athenienstium. Et leges populi Romani appellantur jus civile Romanorum, vel jus Quiritum. Quoties tamen non additur ejusmodi adjunctum; per jus civile intelligitur jus Romanorum.

§. Sed jus quidem civile, Instit. de jur. nat. gent. & civil.

CLAS. I.

Digitized by Google

CLAS. I. DISPUTAT. III.

DE FORMA ET MODO SIVE specie comprobandi, vel constituendi Juris.

THESIS I.

HACTENUS de juris causa efficiente: sequitur de forma & modo, 1
sive specie comprobandi vel constituendi jus. Comprobare & constituere jus differunt. (a) Comprobare jus est, in usum assumere jus naturale, & gentium jus: Constituere jus, est jam de novo jus aliquod civile condere.

a) §. *Omnium autem, ubi Wesenbec. Instit. de oblig. & l. penult. §. existimatio. 1. ff. de extraord. cognit.*

Forma autem & modus comprobati & constituti juris est, quod 2
jus vel scripto comprobatum, aut constitutum est: vel est comprobatum & constitutum sine scripto. (a) Illud legibus, hoc moribus vel æquitatis ratione constitutum est. (b)

a) *l. Ius civile 6. §. 1. ff. de justit. & jur. & §. constat autem, Instit. de jur. natural. gent. & civil.* (b) *l. pen. §. existimatio. 1. ff. de varia & extraord. cognit.*

Nonnulli putant jus tantùm civile, quod ita propriè, & in specie 3
dicitur, & distinctum est à naturali & gentium jure, deduci & distribui in jus scriptum & non scriptum; neque comprehendi sub hac distributione naturale & gentium jus: sed hi in magnum rapiuntur errorem.

Nam Iustinian. Imp. Constat, *inquit*, jus nostrum, quo utimur aut scripto, aut sine scripto. Indubitatum est autem quod Populus Romanus utatur non tantum proprio civili jure, sed naturali ac gentium jure. Adhæc scripti juris portio est jus Prætorium. §. *Constat autem, ibi, Magistratuum Edicta, & §. Prætorum quoque edicta, Instit. de jur. nat. gent. & civil.* Certum autem est, quod Prætores edictis suis æquitatem naturalem, etiam quandoque contra jus civile complexi sunt, *l. 1. in princ. ff.*

de

de constit. pecun. §. emancipati autem liberi, vers. Sed Prætor naturali æquitate motus, & §. minus ergò. Instit. de hereditat. quæ ab intestat. deferunt. Præterea hæc juris distributio in jus scriptum & non scriptum ab institutis & moribus duarum Civitatum Athenarum scilicet, Lacædemoniorum fluxisse videtur. Lacædemonii enim ea, quæ pro legibus observabant non literis, sed memoriæ mandabant: Athenienses verò suas leges scriptas habebant, §. *Et non ineleganter. Instit. de jur. natural. gent. & civil.* Cui autem dubium esset, an hæ civitates præter jus civile proprium, etiam naturali & gentium jure usæ sint? Quin & ipsa legis definitio haud obscurè arguit, tam scriptas, quam non scriptas leges, non modò jus civile proprium, sed & commune jus naturale scilicet, & gentium comprehendere. Est enim lex, Papiniano definitore, commune præceptum, virorum prudentum consultum: delictorum quæ sponte, vel ignorantia contrahuntur coercitio: communis Reipublicæ sponsio, *l. 1. ff. de legib.* Per commune præceptum intelligo jus naturale & gentium: Hæc enim duo jura sunt communia *l. 6. & l. omnes 9. ff. de Iustit. & jur. &* §. *Ius autem civile, Instit. de jure natural. gent. & civil.* Virorum prudentum consultum interpretor jus civile proprium. Et jus quod versatur circa coercitionem delictorum, non solum est jus civile proprium, sed & naturale, item gentium jus. Vnde sequitur, quod quædam ex scriptis etiam legibus complectantur jus naturale, quædam jus gentium, quædam civile jus proprium. Denique legem 12. Tabul. scriptum esse jus nemo affirmare dubitabit. Sed lex 12. Tabul. continet etiam jus gentium, id est, jus naturale. §. *venditæ verò res, 41. Instit. de rerum divis.* Sequitur ergo ex his omnibus, quòd communis sit hæc juris divisio omni juri naturali gentium & civili proprio. *Id quod sentit etiam Donellus lib. 1. Comment. de jur. civil. cap. 16. pag. 49. lin. 42. & seq.* Neque his obstat, quod Iustinianus Imp. *in* § *fine scripto, vers. Et non ineleganter. Instit. de jure nat. gent & civil. scribit*, jus civile distributum esse in has duas species, in scriptum scilicet Ius, & non scriptum. Nam per jus civile significatur ibi omne jus, quo populus Romanus utitur, sicuti abundè arguit §. *Constat autem, Instit. d. t.* Atque ita appellatione juris civilis venit eo loco non solùm jus civile proprium, sed etiam jus naturale & gentium. Sic obligationes civiles dicuntur, non tantem eæ obligationes, quæ à populo Romano sunt constitutæ, sed & quæ juris gentium sunt, à populo tamen Romano comprobatæ, hoc est, in usum assumptæ, §. *Omnium autem, vers. civiles sunt. Instit. de obligat.*

4 Scriptum jus est, quod deliberatione habitâ interveniente scripturâ comprobatum, vel constitutum est. *(a)* Scriptis comprobatum est jus

jus naturale & gentium. Conſtitutum jus civile proprium: Idque futuris tantùm negociis dat formam, nec ad facta præterita revocatur, niſi nominatim & de præterito tempore & adhuc pendentibus negociis conſtitutum appareat. *(b)*

a) *l. Neque 10 ibi, ſcribi poſſunt. l. de quibus 32. ibi. ſcriptis legibus. item ibi ſine ullo ſcripto. & ibi, judicio populi, item ibi, ſuffragio populi. atque ibi. ſuffragio Legiſlatoris, l. Diuturna 33. ibi, Non ex ſcripto deſcendunt. l. ſed & ea. 35. ibi, quam ea, quæ ſcriptæ ſunt, & l. ſeq. ibi, ut non fuerit neceſſe, ſcripto id comprehendere. ff. de legib.* Cujac. *libr. 1. obſervat. cap. 16.* Sonſbeck. *in Comment. ad uſus feud. part. 1. num. 3.* Eſt hæc crebrior Dd. opinio, quod ſcriptura ſit de eſſentia legis. Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. quæſt. caſ. 420. num. 26.* (b) *l. Leges 7. C. de legib. Novell. 19* Fürſtl. Würtemb. Landtrecht/ *part. 4. pag. 319. in fine l. cum, qui, 10. & l. ſeq. C. de naturalib. liber.* & alii quos citat Harpprecht. *adſtit. Inſt. de Jur. Natur. Gent. & Civil. §. ſed & quod Principi. n. 27. ubi & contrarium ſentientes refert.*

Et conditum jus novum, niſi fuerit receptum & moribus utentium approbatum non ligat, *(a)* Nec pro lege habetur, licet corpori juris fuerit inſertum. *(b)* Sic & ſtatutum, niſi ex communi obſervantia fuerit receptum, vires habet nullas. (c) 5

a) *l. cum de novo jure. 11. Cod. de legib.* Alex. *conſil. 39. numer. 1. vol. 3.* Hinc Leonis Imperatoris conſtitutiones Novellæ non ligant quia uſu receptæ non ſunt, Viglius *in §. ſed cum paulatim. Inſt de teſtam. ord.* Ampliſs. Dn. Beſold. *in diſſert. elegantiſs de libris juris, præfixa part. 2. de lib. ff. pag. m 36.* (b) Bart. *conſil. 148. num 1. vol. 1.* dummodo caſus evenerit, quo juri novo contrarium deciſum fuerit. Gail. *lib. 2. obſerv 60. num 3.* (c) gl. Dd. & Felin. *in c. 1. de treuga & pace.*

Eſtque tum Cæſareum, vel Pontificiale, vel Statutarium; tum generale vel ſpeciale. 6

Ius ſcriptum Cæſareum dicitur, quod comprobatum vel conſtitutum eſt ab Imp. qui in libris noſtri juris etiam Rex appellatur. 7

Tit. 26. §. 1. tit. 14. & tit. 18. lib. 1. feudor. & tit. 10. junct. tit. 34. & tit. 40. & tit. 54. c. ſolita benignitatis. verſ. Quod autem ſequitur. extr. de majorit. & obedient. Et lex Imperii de qua in l. 3. ibi. lex Imperii, Cod. de teſtam. Vocatur lex Regia in §. ſed & quod Princip. Inſtit. de jur. nat. gent. & civil. l. 1. ff. de conſtit. princip. Sic & in Receſſibus Imperii Fridericus Imperator, item Maximilianus I. aliquoties ſe Reges Romanos, & Cæſaream ſuam Majeſtatem, Regiam Majeſtatem appellant. Innocentius autem tertius Regem Romanorum ſpecialiter eum appellat, qui à Principibus Electoribus Imperii in Imperatorem quidem electus, ſed nondum coronatus eſt: *c. Venerabilem. extr. de election. & Elect. poteſt.* Dicitur quoque

Rex qui vivente Imperatore velut alterum est Imperii caput, ut qui secundum ipsum Imperatorem, Imperio præsit. Sic vivo adhuc Imperatore Carolo Quinto, ejus Frater Ferdinandus Romanorum Rex creatus fuit Anno 1531. quinto Ianuarii, ut scribit etiam Iohan. Sleidan. *libr. 7. Comment. pag. 120.* & patet ex recessibus Imperii de Anno 1542. Item de Anno 1551. Qui Idem Ferdinandus postea in Anno 1558. mortuo fratre Carolo Quinto Imperator designatus fuit. Vide Reichs Abschied de Anno 1559. *pag. 215.*

8 Est autem jus Cæsareum vel Iustinianeum, vel aliusmodi, quàm Iustinianeum.

9 Iustinianeum jus est, quod in Codice, Digestis, Institutionibus & Novellis Iustinianeis continetur. Ius enim quod his voluminibus comprehensum est, sic accipi Iustinianus jubet, quasi à se profectum sit, & quod ipse probando suum fecerit.

l. 1. §. Omnia enim & §. Cum enim, l. 2. §. Tanta C. de Veter. jur. enucl. & §. ult. in præm. Instit.

10 Scripti juris Iustinianei partes sex sunt: Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, Magistratuum edicta, Responsa prudentum. *(a)* Quibus partibus connumerari potest & illud jus, quod ante Iustinianum moribus receptum, ipsius verò auctoritate probatum fuit. *(b)*

a) §. *Constat autem, verf. Scriptum autem: Instit. de jur. nat. gent. & civil.* (b) *l. 1. §. sed neque, verf. Omnia enim, & §§. seqq. verf. Cum enim antiqua. d. l. 2. §. Tanta autem. Cod. de Vet. jur. enucl.* Conan. *lib. 10. Commentar. cap. 3. num. 3.*

11 Has juris partes Modestinus Iurisconsul. contraxit in duas: Omne, inquit, jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo. *(a)* Consensu factum jus est Senatusconsultum, Principis placitum, Magistratus edictum & Responsum prudentis. Ius, quod consuetudo firmavit, est jus non scriptum. *(b)*

a) *l. pen. ff. de legib.* (b) *Cujac. lib. 18. observat. cap. 16.* Sed refragari videtur propositæ scripti Iuris in sex partes divisioni Papinianus Iurisconsult. *in l. jus autem civile 7. ff. de Iustit. & jur.* ubi scripti juris quinque duntaxat partes enumerat: jus, inquit, civile est, quod ex legibus, Plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, autoritate prudentum venit, atque ita in juris civilis societatem non admittit Magistratuum edicta, ut sunt jus Prætorium & jus ædilitium. At sciendum est juris civilis appellationem variè sumi. Interdum generaliter accipitur pro omni jure, quo populus Romanus utitur, ut paulò antè dixi. Quandoque sumitur tantummodo pro jure civili Romanorum proprio. §. *Sed jus quidem*

dem civile, vers. sed quoties. Instit. de jur. nat gent. & civil. Aliquando exauditur de omni jure scripto civili, quo populus Romanus utitur excepto jure Prætorio & ædilitio. Atque ita accipitur *ind. l. 7. ff de Iustit. & jur.* Hinc obligatio & actio honoraria, hoc est, Prætoria, & ædilitia obligatio & actio distinguitur ab obligatione & actione civili: Item debitum civile distinguitur à debito honorario, hoc est, Prætorio & ædilitio debito, *in l. 1. §. ultim. & l. 3. §. 1. ff. de constit. pecun. & §. 1. Instit. de obligat.* Item jus Prætorium dicitur adjuvare, supplere, corrigere jus civile, hoc est, legem, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, *d. l. Ius autem civile 7. §. 1. ff. de Instit. & jur. & tit. Instit. de bonor. poss. in princ. & §. 1.* Denique interdum juris civilis appellatio opponitur non tantùm juri Prætorio, sed & juri naturali, hoc est, juri gentium, *ut in l. 1. §. 1. ff. de Novationib. & in l. Bona fides 31. in princ. ff. depos.* Ideo autem quandoque opponitur juri civili Prætorium jus, quia Prætor non habuit potestatem condendæ legis perpetuæ: sed pro sua tantùm jurisdictione jus quoddam constituerat annuum; quippe cum ejus Imperium intra annum duntaxat erat, *Tit. Instit. de perpetuis & temporalib. act. in princ. Vnde Cicer. in 3. Verr.* Qui, *ait*, plurimum edicto Prætoris, edictum legem annuam esse dicunt. Et ne vim quidem legis jus Prætorium obtinebat, *§. Hæc exempli causa, vers. Quarum quædam, Instit. de Except.* Vnde nec heredem facere Prætor suo edicto potest, *§. Quos autem solus, Instit. de bonor poss.* Neque potest pro sua jurisdictione sine lege Tutorem dare. *l. Mutum 6. §. Tutoris datio, ff. de tutel.* Ita tamen valuit jus Prætorium, ut successu temporis usu populi Romani firmatum sit. Adhæc Iustiniano Imperatori, qui scripti juris partibus annumerat etiam Responsa prudentum obsistere videtur, quod Pomponius Iurisconsultus scribit *in l. 2. §. His legibus, & §. ita in civitate. ff. de orig jur.* interpretationem prudentum sine scripto consistere. Verum enimvero Prudentum interpretatio, de qua dict. loco Pomponius disserit, alia est longè diversa à Prudentum responsis quæ hîc Iustinianus Imperator partem scripti juris constituit. *Nam ut Zasius sentit, atque etiam innuit* Cujac. *add l. 2. §. His legibus. & § Ita in civitate ff. d. t.* Loquitur eo loco Pomponius de illa prudentum interpretatione, quæ mox post Decemviros multa ætate ante Cæsares sine scripto emersit. Iustinianus verò Imper. agit de iis Responsis Prudentum, quibus Prudentibus à Cæsare Augusto jus Respondendi, & interpretandi jura datum fuit: quæ responsa in scriptis dabantur, quemadmodum libri Pandectarum, qui Prudentum Responsis referti sunt. Verum itaque manet à Iustiniano Imper. rectè enumerari & proponi juris scripti partes sex. Vide Dn. D. Besold *ad leg. 7. lib. 1. tit. 1. ff. quæst. 3.*

82 Sed poſſet jus ſcriptum contractius diſpertiri in tres partes; in legem, Item in jus illud, quod vicem legis obtinet, ſive ut Vlpian. *(a)* loquitur, quod legis habet vigorem; ut eſt Plebiſcitum, Senatuſconſultum Principis placitum, Reſponſum prudentis; tum etiam in Magiſtratus edictum, hoc eſt, Prætoris edictum. & Edictum ædilitium. *(b)*

a) *in l. 1 ff. de conſtit. Princip. & poſt eum Iuſtinian Imper. in §. ſed & quod Principi. Inſtit. de iur. nat. gent. & civil.* (b) *per §. Hæc exempli cauſa. 6. verſ Quarum quædam Inſtit. de exception.* Alicubi etiam jus ſcriptum in duas tantùm partes dividitur; in legem & conſtitutionem, §. 1. *Inſtit. de offic. jud.* ubi legis nomen omnes juris ſcripti partes complectitur, præter Principis placitum, quod ſimpliciter conſtitutio dicitur.

83 Lex propriè, *(a)* eſt jus ſcriptum, quod communi conſenſu, populus Romanus Senatorio Magiſtratu, veluti Conſule rogante, comprobavit, vel conſtituit. *(b)*

a) Legis quidem nomen quandoque ſignificat ipſum præceptum, quo jus, hoc eſt, æquum & bonum conſtituitur; *Vnde Cicero lib. 1 de legibus*, jus, *ait*, à lege proficiſcitur; & Papinianus Iuriſcon. *in l. 7 ff. de Iuſtitia & jure*, Ius, *ait*, civile eſt, quod ex legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, decretis Principum, Autoritate prudentum venit. Sed hic legem pro ipſo conſtituto jure, hoc eſt, æquo & bono accipimus. Atque interdum generaliter lex ſumitur pro omni lege & jure, quo utimur etiam non ſcripto; atque ita accipitur *in l. 1. 2. 7. 17 18. 19. 21. 24. 26. 27 28. 29. 37. 38 ff. de legib.* Et ſic legis appellatione continetur etiam Senatuſconſultum, *in l. Legitima 6. ff de pactis.* Item Plebiſcitum *in l. 1 ff ad leg. Aquil.* Et Principis placitum lex dicitur *in l. 1. ff. ad leg. Iul. de adulter.* (b) §. *Lex eſt, Inſtit. de iur nat. gent. & civil.* Rogabat populum Romanum (penes quem ſolum primitus poſt Reges expulſos condendi juris poteſtas erat) magiſtratus Senatorius vellet legem, quam proponebat, juberetne fieri. Vnde omnium legum caput origo & fons rogatio dicitur, Gellius *Noct. Attic. lib. 10. cap. 20. Cic. pro Cecina.* Alexand. ab Alexandro, *lib. 6. genial. dier. cap. 23.* Et quia Magiſtratu rogante populus Romanus reſpondendo legem fieri communi ſuffragio jubebat, ipſa Lex dicitur communis Reipub. ſponſio *in l. 1. ff de legib.* quippe cum ſponſio ſit roganti ſive interroganti facta promiſſio, *l. 1 & 2 ff. de ſponſalib.* Quod autem Iuſtinianus Imp. in definitione legis meminit Conſulis, id tantum fit exempli cauſa. Nam Regibus exactis populi Romani Magiſtratus fuerunt non modo Conſules, ſed & ſucceſſu temporis poſt Conſules decem viri, qui & illi publica autoritate ac juſſu populi Romani civitatem legibus fundabant, quas in tabulas duodecim redigebant, unde ejuſmodi leges appellatæ ſunt duodecim tabularum leges, *l. 2. §. Exactis deinde*

de

de Regibus, ff. de Origine jur. Eſt ergo Lex vel Conſularis ſeu Decemviralis.

Plebiſcitum eſt jus ſcriptum, quod ſine Autoritate Patrum, Plebs communi conſenſu, Magiſtratu Plebejo, veluti Tribuno rogante, comprobavit, vel conſtituit. 14

§. *Plebiſcitum, Inſtit. de jur natural. gent. & civil. l. 2. §. Ita in civitate noſtra 12 ver. Aut Plebiſcitum, ff de orig jur.* Lex tempore & ordine prior eſt Plebiſcito, hoc ipsâ poſterius: *d l. 2 § iiſdem temporibus, cum plebs, 20 ff. de orig. jur. & l. 1. ibi, ante ſe, junctis verbis, ſive duodecim tabulis, & c. ff. ad leg. Aquil.* vide Cujac. *in d. l. 2. §. Deinde cum eſſet, ff. de orig. jur.* Et quemadmodum Senatorius Magiſtratus à populo univerſo legem: ita Magiſtratus Plebejus veluti Tribunus à Plebe Plebiſcitum rogabat, *d. l. 1. §. 1. ff. ad leg. Aquil.*

Plebs autem à populo differt non quo ſpecies à genere, ſed quo membrum ab integro. Populi enim appellatione univerſi cives ſignificantur, hoc eſt, Patricii, Senatores & plebs: Sed plebis appellatione ſignificantur præter patricios & Senatores, cæteri cives. 15

§. *Plebs autem. Inſtit. de jur. nat. gent. & civil.* ubi quod Iuſtinianus Imp. ſcribit, Plebem à populo eò differre, quo ſpecies à genere: non hunc ſenſum habet, quaſi plebs & populus ſeſe mutuò arguant, ut ſpecies & genus: ita ut plebs ſpecies ſit, populus verò genus plebis; ſed quemadmodum differt revera ſpecies à genere, ita quoque revera differre plebem à populo, quæ duo ſeſe propriè, ut membrum & totum arguunt. Ab initio quidem Patres, hoc eſt, Patricii & Senatores non tenebantur Plebiſcitis, ut quod plebs cum in diſcordiam cum Patribus perveniſſet, & ab ipſis receſſiſſet, ſibi tantum quaſi proprium jus conſtituerat. Verum cum multæ diſcordiæ naſcebantur de Plebiſcitis, placuit tandem lege Horatia & deinde lege Hortenſia, ut plebiſcita pro legibus obſervarentur, ac utriuſque eadem in univerſum populum Romanum, etiam patres poteſtas eſſet, *d. l. 2. §. Deinde cum eſſet, ubi* Cujac. Franciſc. Balduin. *ff de orig jur.* Livius *libr. 3. decad. 1.* & Dionyſius *lib. 10 cap 5.* Alexandr & Alex *genial. dier. lib. 6. cap. 23.* Plinius *lib. 16. cap. 10.* Gellius *lib. 15 cap. 26.*

Senatusconsultum eſt jus ſcriptum, quod Senatus populi Romani comprobavit, vel conſtituit. Cum enim progreſſu temporis ita populus Romanus augeretur, ut legis ſanciendæ cauſa in unum convocari amplius non poſſet, neceſſitas ipſa curam Reipubl. ad Senatum deduxit, iphóque legis ferendæ poteſtatem tribuit. 16

d l. 2. §. Deinde quia difficile, ff de orig jur. l. Neque ambigitur 9. ff. de legib. §. Senatuſconſultum. Inſtit. de jur. nat. gent. & civil. Etſi verò in

posterum Senatusconsulta fieri *Leonis Novella 78.* vetat, Senatus etiam potestate in Principem translata, tamen ex concessione Imperatoris item præscriptione jus condendi statuta Civitates præsertim Imperiales habere possunt. *c. super quibusdam 26. §. Preterea. extra. de verb. sig.* Item antiqua Senatusconsl. manent sicut antiquæ leges, & contra ea elicita rescripta nullius sunt momenti, *l. un. Cod de Senatusconsultis.* Ejusmodi est Senatusconsultum Vellejanum, quo intercessiones mulierum omnes infirmantur, *tot. tit. ff. & C. ad Senatusconsultum Vellejanum: Item* Senatusconsultum Macedonian. quo tollitur exactio pecuniæ creditæ filiofam. *tot. tit. ff. de Senatusconsult. Macedon. & tot. tit. Cod. ad Senatusconsultum Macedon.*

17 Principis placitum est jus scriptum, quod Princeps, hoc est, Imperator *(a)* Vel Rex *(b)* Romanorum comprobavit, vel constituit.

a) De Principe sive Imperatore Romanorum quod jus condere possit, *textus est in d. l. 2. §. Novissimè 11. ff. de orig. jur. l. 1. & tot. tit ff. de constit. Princip. §. sed quod Principi. 6. Instit. de jur. nat. gent. & civil.* Hic in quantum sit legibus solutus tractat eleganter. Dn D. Besold. *in Oeconom. tit. 3. & 4. lib. 1. ff. quæst. 8 & part. 1. delibat. ff. ad lib. 1. quæst. 10.* Fachin. *libr. 1. controv. 2.* Morla. *in Empor. part. 1. tit. 1. quæst. 1. fol. m. 16.*

(b) Quod autem Rex etiam Romanor. ferendæ legis potestatem vice Principis habeat, & nonnullas constitutiones ediderit, testantur, & abundè arguunt Recessus Imperii die Reichs Abschied. Hanc verò potestatem legis ianciendæ ab initio quidem multis ab hinc seculis universus populus Romanus in electum à se Imperatorem Romanorum transtulit singulari quadam lege, quæ Regia Lex appellatur, ex eo, quod omne Imperium & regimen Reipub. Autoritate ejus legis ipsi concessum fuit *l. unic. ibi, regimentis Reipubl. ad Imperatores perpetuos translatis, ff. de offic. Præfecti Prætorio.* Sed tractu temporis formâ Reipub. Romanæ, re ita exigente, aliquantum immutatâ, effectum fuit, ut Septemviri ex Episcoporum & Principum ordine constituti, Regem Romanorum, eundemque postmodum casu ita ferente in Imperatorem Romanorum eligerent, *c. Venerabilem. 34 extr. de Electione, & Elect. potestat.* Dicitur autem lex Regia, quâ antiquitus in Imperatorem legis ferendæ potestas translata fuit, quod erat ea lex de Imperio, potestate & Regimine Principis sive Imperatoris: qui in libris nostri juris *(ut & supra dixi)* etiam Rex dicitur, & Majestas ipsius, Majestas Regia: ut & census Imperialis, Regalis censuve ac culmen Imperiale, dicitur culmen Regale. Et Sceptrum Cæsaris, Regale Sceptrum nominatur, *C. un. §. His non cogentibus. tit. si de investitur. in Dom. & Vasall. c. un. tit. de pace tenend. l. fin. C. de legib. l. Bene à Zenone. 3. C. de quadriennii præscript. c. inter dilectos. §. contra privilegium, vers.*

Tertiò,

Tertiò, quia falsum, extr. de fide instrum. c. solitæ, ext. de majorität. & obedient. Eadem illa lex Regia dicitur quoque lex Imperii *in l. 3. C. de testam.* Item lex Augusti *in l. Apud eum. 14. §. 1. ff. de manumiss.* Imperii lex ideò fortè appellata fuit, quod per eam totius Romani Imperii regimen electo Principi sive Imperatori committebatur. Nam populus Romanus non in provinciales suæ jurisdictioni subjectos, sed in se Imperium & potestatem ipsi Principi ea lege concessisse dicitur, *l. 1. ff. de constit. princ. §. sed & quod Principi. Instit. de jur. nat. gent. & civil.* Vbi relativum *Eum* pro reciproco *Se* positum videtur, Duaren. *lib. 2. anniversar. disput. c. 19.* Quod autem Iustinianus Imperator *in d. §. sed & quod Principi. Instit. d. t.* & ante ipsum Imperatorem Vlpianus Iurisconsultus *in d. l. 1. ff. de constit. Princip.* scribunt, legis vim habere, quod Principi placuit; hoc ita accipiendum est. Si, ut Leo Imperator ait, *in Novell. 92.* Animus Principi fuerit condendæ legis: alioqui quod placet Principi lex non est. Vasquius *illustr. quæst. lib. 1. cap. 2. num. 2.* addo Dn. D. Besold. *in dict. Oiconom. ad tit. 3. & 4. lib. 1. ff. quæst. 9.*

Porrò Principis placitum in triplici est differentia: Aut enim est Epi- 18
stola, aut decretum, aut edictum.

l. 1. §. 1. ff. de constit. Princip. & d. §. sed quod Principi, vers. Quodcunque. Inst. d. t.

Epistolæ dicitur etiam rescriptum, (a) Item literæ, (b) & sub- 19
scriptio. (c)

a) *In l. sed addes. 19. §. cum quidam. ff. Locati. l. Divi fratres, 17. ff. de jur. patronat. l. Rescripta. 7. C. de precib. Imperatori offer. l. 4. in fin. princip. ff. de lege commissoria.* (b) *in l. 4. C. de Locato,* (c) *in d. l. 1. §. 1. ff. de constit. Princip.*

Est autem Epistola, literæ, rescriptum, sive subscriptio, quod 20
Princeps vel ad præsentium, vel absentium Magistratuum, Iudicum, aut privatorum de jure consultantium preces seu libellos supplices responder.

Per d. l. sed addes 19. §. cum quidam, ff. Locati, l. 1. C. de edendo, l. Testium fides 3. §. Ideoque. & §§ seqq. ff. de testib. l. Debitoribus. 31. ff. de re judicat. l. Divus Antoninus 7. ff. de in integr. restit.

Est autem Rescriptum, sive Epistola, &c. interdum nullius mo- 21
menti, neque in persona impetrantis valet: idque tribus ex causis. Prima est, si Principi supplicans falsum precibus suis narravit. (a) Et hujusmodi rescriptum per sub & obreptionem impetratum Dd. nostri dicunt. Secunda causa est, si quid concessum sit contra jus vel utilitatem publicam. (b) Nisi ita concessum sit, ut quidem petenti prosit, alium tamen non lædat: vel crimen commissum supplicantibus indulgeat. (c) Nisi

item

Digitized by Google

item moratoria præſcriptio, hoc eſt, exceptio dilatoria debitori permittatur, dato ipſi debitori ad ſolvendum ſpacio & fidejuſſione idonea ſuper debiti ſolutione conſtituta. (d) Tertia cauſa, ſi reſcriptum ſubnotationem Principis (ut eſt dies & conſul) non habeat. (e)

a) *l. pen. C ſi contra jus vel utilitat. publicam. exemplum eſt in l. 1. ff. de Natal. reſtit.* (b) *l. Nec damnoſa, 3. l. Reſcripta. 7. C. de precib. Imp. offer. l. ult. C. ſi contra jus vel utilitatem public.* (c) *d l Reſcript. 7. C. de precib. Imp. offer.* (d) *l. univerſis. 6. C. dict. tit.* (e) *l. ſi qua 4. & l. ſacri affatus. 6. C. de diverſ. reſcript.*

22 Decretum eſt, quod Princeps cognoſcens de re controverſia inter partes litigantes pronunciat, & decernit.

l. 1. §. 1. ibi cognoſcens decrevit. ff. de conſtit. Princip. l. ult. C. de legib. d. §. Sed & quod Principi, verſ. Quodcunque, ibi, cognoſcens decrevit, Inſtit. de jur. natural. gent. & civil.

23 Eſtque duplex decretum: Interlocutio, & ſententia judicii, & cognitionis plenariæ. Interlocutio eſt cum Princeps ſummatim non ſedens pro tribunali rem controverſam tractat, ac definit: atque hæc ut minimè generalis in ſimilibus negociis vim legis non habet. (a) Sententia verò judicii & cognitionis plenariæ eſt, cum Princeps pro tribunali ſedens, cauſam plena & ſolenni cognitione & pronunciatione definit: Atque hæc de aliis ſimilibus cauſis jus facit. (b)

a) *l. 2. & l. 3. verb. Interlocutionibus. C. de legib.* Dn. D. Beſold *in Oiconom. ad tit 3. & 4, ff. libr. 1. quæſt. 10.* (b) *l. ult. in princ. ibi. cauſam cognitionaliter examinaverit. C. d. t. de legib.*

24 Edictum eſt, quod Princeps ſi pontaneo motu jubet, ut fiat. (a) Atque hoc citra controverſiam, ſi perpetui juris vim habere debeat, ac omnes tenere, prius Imperii proceribus, ut ſunt hodie Electores & Status Imperii proponi, & cum eorum conſenſu firmari ac promulgari debet. (b) Quod ſi tamen Principi viſum fuerit, ut generalis ſit lex, licet ex arbitrio Procerum Imperii non procedat, nihilominus vim legis generalis habebit. (c)

a) *l. 3. C. de legib. l. hac Edictali. 6 C. de ſecund. nupt.* (b) *l. Humanum. 8. C. de legib. facit. l. ſancimus 22. in fin C de SS. Eccleſ. l. 2. in fin. ibi. lecta apud acta. C. de Epiſcop. & Cler. l. 6. in fin. l. 7. in fin. C. de bonis quæ liber. l. 1. in fin. C. de teſtam. militar.* (c) *l. leges. 3. C. de legib.* vide Fernand. Vaſq. *de ſucceſſ. progreſſ. in præfat. n. 41. cum ſeqq. &* Eundem *lib. 1. controverſ. Illuſtr. cap. 2.*

25 Dicuntur autem hæc Principum placita, una quaſi ſpeciali voce, conſtitutiones, (a) unde ſæpe numero à jure, hoc eſt, à reliquis noſtri juris patribus, Conſtitutiones ſpecialiter diſſeparantur, neque juris appella-

pellatione continentur. (*b*) Licet aliàs conſtitutionis nomen ad omnes juris tam ſcripti, quàm non ſcripti partes generaliter porrigatur. (*c*)

a) *d. §. Sed & quod Principi. 6. Inſtit. d. t. & d. l. 1. §. 1. ff. de conſtit. Princip.* (b) *ut in l. falſa 33. in princip. ff. de condit. & demonſtrat. l. 4. §. contra, ff. de doli mal. & met. except.* Cujac. *lib. 7. obſerv. cap. 19.* (c) *ut in l. omnes 9. ff. de Iuſtit. & jur. §. jus autem civile. 1. verſ. Nam quod, ibi, jus conſtituit, & verſ. ſeq. ibi, conſtituit & §. jus autem gentium, ibi, conſtituerunt. Inſtit. de jur. nat. gent. & civil. l. ſi ſervum 91. §. ſequitur. 3 ff. de verb. obligat.*

At eſt conſtitutio vel generalis, vel ſpecialis ſive perſonalis. (*a*) **26** Quæ diviſio omnes Principis placiti ſpecies complectitur. Edictum quidem omne, ut quod perpetui juris vim habet, generalis conſtitutio eſt: Sed reſcriptum & decretum, vel generalis vel perſonalis eſt conſtitutio. (*b*)

a) *l. 1. §. ultim. ff. de Conſtit. Princip. d. §. Sed & quod Principi, verſ. Planè ex his, Inſtit. de jur. natural. gent. & civil. §. Sciendum eſt. verſ. Sed hoc quidem, ibi, ſpeciali beneficio, Inſtit. de hered. qualitat. & differ.* (b) *l. leges. 3. l. humanum 8. & l. ultim. Cod. de legib.*

Generalis conſtitutio eſt, quæ ad omnes communiter pertinet. (*a*) **27** Et quidem vel ad univerſos cives Romanos pertinet; vel tantùm ad omnes ejuſdem conditionis perſonas, vel corpora ſpectat (*b*) & jus ſingulare dicitur, (*c*) ut eſt jus privilegii dotium. (*d*) Item jus privilegii fiſci, (*e*) Et jus privilegiorum Scholarum, (*f*) tum etiam jus privilegiorum domus Auguſtæ, vel rei privatæ. (*g*) Et denique jus privilegiorum militum. (*h*)

a) *d. l. 1. §. ult. ff. de conſtit. Princip. & d. §. ſed quod Principi. 6. Inſtit. de jur. nat. gent. & civil.* (b) Cujac. *lib. 15. obſerv. cap. 8.* (c) *in l. jus ſingulare 16. ff. de legib.* (d) *de quo tit. Cod. de privilegio dotis,* (e) *quod proponitur tit. Cod de privil. fiſci,* (f) *quod exponitur tit. Cod. de privileg. Scholar lib. 12.* (g) *quæ traduntur ſub Cod. tit. 74. lib. 7.* (h) quæ omnia à me collecta ſunt in Tractatu meo. *de bello & duello lib. 1. cap. 19. & aliquot ſeqq.* Hic moveri poterit quæſtio an Princeps quoque generalibus teneatur legibus? de qua vid. Pruckman. *in tract. ſoluta poteſt. cap. 3.* Clariſſ. Dn. Beſold. *in delibat. ff. ex lib. 1. quæſt. 10. fol. 24. & in præcognit. ff. fol. 137. & ſeqq.* Dn. Bocer. *in tract. de inveſtit. cap. 3 num. 78.*

Perſonalis ſive ſpecialis conſtitutio dicitur, quæ fit de una aliqua certa perſona, vel etiam pluribus, ſed in præſens tempus, & quidem ſine exemplo, ut quiſquam alius eo niti haud poſſit: Veluti ſi Princeps ob meritum alicujus quippiam ei indulgeat; vel alia ex cauſa, vel ex gratia alicui ſubveniat; aut pœnam ſolito graviorem & acerbiorem alicui irroget. **28**

d. §. Sed & quod Principi vers. Nam quod alicui. Instit. d. t. d. l. 1. §. ult. ff. de constit. Princip. Exempla extant in §. fœminæ. 10. Instit. de adopt. §. 1. versic. Pari ratione. Instit. Quib. mod. jus, patr. potestat. solu. § extraneis autem. 5. vers. Sed hoc quidam, ibi, Cuidam speciali beneficio. Instit. de hæredum qualit. & differ. l. 5. §. ult ff de capt & postlimin. revers. l. ult ff. de legationib. l. Neque Dorotheum 61. C. de decurionib. lib. 10. l. ex facto. 43 in princ. ff. de vulg. & pupill. substitut.

29 Sequitur de Magistratuum Edictis: MAGISTRATUS EDICTUM est jus scriptum, quod Prætor vel Ædilis comprobavit, vel constituit. Vnde aliud Prætorium aliud Ædilitium Edictum: Illud Prætor, hoc Ædilis Curulis, vel comprobavit, vel constituit; utrumque jus honorarium appellatur.

l. 7. §. 1. & l seq. ff. de Instit. & jur. §. Prætorum. Instit. de jur. nat. gent. & civil. jus Ædilitium haud propriè jus Prætorium est, Cujac. *in l. 5. ff de verb. oblig.* Petrus Faber *in l. Nec ex Prætorio. 27. ff. de regul. jur.* Ioh. Borcholt. *in Commentar. instit. de pact. c. 5. num. 44.* Verum cum eadem de re Prætor edicere possit, de qua edicit ædilis; veluti, ne fera bestia ibi habeatur, quà vulgò iter fit. *Autore Paulo lib. 1 sentent. tit. 15.* Et deficientibus ædilibus (nec enim quotannis semper ædiles creabantur) judicia ædilium ad Prætores transferebantur, *ut Dio scribit lib. 53.* fit ut sub jure Prætorio contineatur quoque jus ædilitium. *§ Prætorium, Instit. de divis. stipulat. & d. l. 5. §. Prætorias, ff. de verb. obligat.* Cujac. *lib. 8. observat. cap. 38.*

30 Hujus juris sunt hodie in orbe Romano Episcoporum, Principum, Comitum, & civitatum Imperialium statuta sive leges. *(a)* Vt enim Imperator legem universalem condere potest: ita Episcopi, Principes, Comites, Civitates Imperiales edicto iancire legem possunt particularem, pro suis scilicet subditis: idque vel ex privilegio & concessione Imperatoris, vel ex præscriptione & antiqua consuetudine. *(b)* Vnde cum Magistratus sint edicta sive statuta ipsorum, Magistratuum edictis rectè connumerantur.

a) Vti Bart. Zas. *& alii tradunt in l. omnes populi ff. de just. & jur. & in d. l. 5. ff. de verb. obligat.* (b) *c. super quibusdam. §. præterea, ibi, largitione concessa, vel ex antiqua consuetudine, extr. de Verb. Significat.*

31 Succedunt RESPONSA PRUDENTUM. Sunt autem responsa Prudentum sententiæ & opiniones veterum Iurisconsultorum, quibus permissum erat, indulgentiâ Cæsaris de jure respondere, & jura publicè interpretari.

§. Responsa prudentum. Instit. de jur. nat. gent. & civil. Ex hujusmodi responsis veterum Iurisconsultorum collecta sunt & compilata Digesta sive

Digitized by Google

sive Pandectæ nostræ. Et dicuntur alias iidem veteres Iurisconsulti Authores Iuris; Et simpliciter Authores *in l. 1. §. 1. C. de omnium serv. manumiss. l. fin. §. 2. C. de Curator. furios.* Nominantur quoque conditores juris *in l. nulla 23. C. de procuratoribus, l. si furiosi, C. de nupt. & l. 1. C. communi servo. manumiss.* Item Sacerdotes justitiæ *in l. 1. §. 1. ff. de just. & jur.* Dn. D. Besold. *p. 1. delibat. ex lib. 1. ff. quæst. 4.* Appellantur etiam Interpretes juris: Item prudentes *d. l fin. §. 1. C. de Curat. furios. d. §. responsa prudentum, Instit. dict. tit.* Vocantur quoque Antecessores, cùm in Scholis jus civile docent, *ut in Orat. Justiniani de jur. docendi ratio.* Vide omnino notas Mureti *ad §. responsa in verb. quorum omnium. Instit. de jur. natur. gent. & civil.*

Hoc autem respondendi jus, & potestas jura interpretandi Primus 33
concessit D. Augustus: Deinde reliqui etiam Imperatores hoc beneficium petentibus & præstantibus tribuerunt, ut Princeps Hadrianus, & Tiberius Cæsar.

l. 2. §. Et ut sciamus, ff. de origine jur. Hodie quoque in Academiis publicis, vi Imperatorii diplomatis, ut major sit juris authoritas, potestas respondendi de jure & interpretandi jura jure concedi solet. Sed iis tantum hoc beneficium dignè tribuitur, qui integrum quinquennium audiendis Iuris Professoribus & perlegendis libris juris sedulò operam dederunt, ut vult Iustinian. Imp. in Orat. de juris docendi ratione; Et qui prius ter suæ eruditionis acre specimen ediderunt, disputando scilicet publicè, & duobus rigerosis examinibus. Bart. & Angel. *in l. un. Cod. de Athletis, lib. 10. & in l. Magistros. 7. Cod. de Professoribus. lib. 10.* Quinimò non desunt, qui ante decimum hujus studii annum, privilegia & insignia Doctoratus haud dignè tribui putant, Ioan. Cephal. *consil. 232 lib. 2. Vide quoque hac de re* Sebast. Medic. *de legib. & statutis, part. 3. quæst. 18. num. 4. & 5.* Vnde non magni faciendi sunt illi, qui parùm à juris scientia instructi, vel uno hoc verbo *Doctor esto*, creari alicubi solent, Laurent. Kirchoff. *num. 42. consilii sui, quod est sub Tomo secundo varior. consilior. Iurisconsultorum Germaniæ.* Neque dolo carent saltem præsumpto, vel saltem à lata culpa non excusantur, qui cum sint imperiti, Doctorum titulos adsciscunt, qui ampullis verborum jactanticuli, vultuoso supercilio minabundi peritiam foris ostentant, quàm asserere tam nõ possent, quam sunt ab omni legali studio alienissimi. Vdalric. Zas. *in dict. l. 2. § & ut sciamus, ff. de orig. jur.* Etsanè immaturi adhuc ad vota properant, & cruda in forum studia impellunt, Cujac. *lib. 2. cap. ult.* Vnde audite interdum coguntur illud, quod Servio Sulpitio Q. Mutius objecit: Turpe esse causas oranti, jus in quo versatur, ignorare, *dict. l. 2. § Post hos Quintus Mutius, ff. de orig. jur.* & de Doctoribus istis bullatis vide Clariss. Dn. Besold. *in Comment. ad l. 7. & 8 ff. quæst 5. fol 104. tit. 1. lib. 1.*

33 Est & illud hic observandum, quod Responsa prudentum ex singulari quadam principali constitutione tantam authoritatem tenent, ut judici ab ipsis recedere non liceat. (a) Et quidem hodie eò majorem authoritatem habent, quod Iustinian. Imp. eadem etiam suas leges appellat. (b)

a) d. §. *Responsa, in fin. Instit. de jur nat. gent. & civil. quæ constitutio extat in Cod. Theodos. Tit. de Respons prudent.* (b) *in orat. de confirmat Digestor. §. Leges autem nostras, & in Proëm Instit. §. ult. ibi, has leges nostras.* Vide Dn D. Besold. *ad. l. 7. & 8. de Iust. & Iur. num. 2.*

34 Assimilantur hodie veterum Iurisconsultorum responsis interpretationes, consilia & opiniones Doctorum nostrorum, modò solitis rationibus nitantur, neque à jure nostro sint aliena. Nam opinio quæ jure non probatur, licitè spernitur.

Ant. de Butr. & Abbas *in c. 2. extr. de usur.* Et cum non ex multitudine autorum, quod melius & æquius est, judicari debeat, *ut scribit Iustin Imp. in Orat. de confirmat. Digestor. §. Sed neque ex multitudine:* Sanè ea opinio, quæ melioribus fundata est rationibus, licet sit nova, contra communem opinionem teneri debet. Ioan. Andr. *in c. 1. extr. de constit.* & Curt. Iun. *consil. 63. num. 1.* Alioqui maxima est religio à Doctorum opinione recedere, Michael Palæotus *lib. singul. de Noth. & spur. cap. 46.* Et sicut antiqui idola adorabant pro Diis, ita advocati glossatores adorant pro Evangelistis; Fulgos. *in l. si insolitum. C. de act. & oblig.* qui Fulgos. *in l. ad officium, C. communi divid.* Veruntamen, inquit, in judiciis malim authoritatem glossatoris pro me habere, quàm textum; sed Fulgosi opinio mihi minimè probatur in casu, de quo textus clarus extat. Stultum est & à sensu humano alienum, sola glossæ niti authoritate, ubi venerandi juris textum habere possis. In defectum textus glossam & Dd. sanas opiniones & communes in tantum non sperno, ut etiam ambabus ulnis eas amplectar. Textibus item Doctorum authoritates adjungere, ut viri prudentis est, ita multum refert. Vide Dn. D. Besold. *in prævoguit. ff. fol. 107. quæst. 6.* Consiliis an lecturis plus fidei sit tribuendum vide Ventur de Vaient. *in partem. litigios. 2. c. 5. n. 31.*

35 Hactenus de partibus Iuris scripti Iustinianei. Aliud Cæsareum quàm Iustinianeum jus est, quod post Iustinianum alii Imperatores vel Reges Romanorum condiderunt: quale jus est, quod lege Conradi; item constitutionibus Lotharii & Friderici Impp. continetur.

De quib. tit. 34. 40. 52. & 53. lib. 2. feudor. & in Auth. Cassa, C. de SS. Eccles. Auth. Sacramenta puberum, C. si adversus vend. Auth. habita. C. ne filius pro patre: quodque comprehensum est recessibus (ut vocant) Imperii.

Ius

Ius Pontificiale est, quod Papa Romanus promulgavit: quale est 36
quod Epistolis decretalibus, itemque Clementinis & extravagantibus constitutionibus, decretisque Gratiani continetur. *de authoritate juris Canonici.* Vide D. Hunnium. *tract. de interpretat. & authorit. jur. lib. 2. cap. 9. fol. 270.*

Sequitur jus Statutarium, *(a)* quod uno usitatissimo nomine Sta- 37
tutum dicitur. *(b)* Interdum autem Statutum significat pronunciatum, id est, sententiam judicis; Interdum jus constitutum. *(c)* Et quando jus significat, generaliter acceptum, denotat etiam jus ab Imperatore vel Papa constitutum. *(d)* Specialiter verò captum significat tantùm jus ab alio legislatore, quàm Imperatore vel Papa conditum. *(e)* Continetur tamen etiam generali voce legis. *(f)* Proinde & is, qui statutum condit, legislator dici potest.

a) *Quod ita vocat Iason in l. Omnes populi 9. num. 2 ff. de just. & jur.* & Conrad. Lagus *in Method. jur. civil. part. 1. cap. 4. num. 11.* Statuta in jure nostro sunt decreta. *tot. tit. C. de decret. ab ordin. faciend.* Welenbec. *in Parat. ff. de legib. num. 3.* (b) *c. 1. & c. 2. Tit. de constit. in 6. cap. 2. §. Caeterum Canonicos. & §. Statutum quoque, tit de Verb Significat.* (c) *l. pronunciatum 46. ubi* Ioan. Gœdd. *num. 3. ff de Verb. Signif. l. si adscribatum. 4. C. de appellat.* (d) *l. 3. §. Divus Hadrianus, ibi, Imperialia statuta, ff. de sepulchro violat. l. 3. in princip C. de sentent. ex peric. recitand. l. un. C. de Senatusconsultis & c. 1. Tit. de renunciat. in 6. & c. Statutum, extr. de prabend. in 6.* (e) *dict. c. 1. & 2. tit. de constit. in 6. & d. c. 2. §. Caterum canonicos, & §. Statutum quoque. extr. de Verbor. Signif. 2. Ius civile, ibi, quisque populus, vel civitates, distinct 1.* Iason. *in d. l. omnes populi 9. num 7. ff. de just. & jur. &* ibi cæteri omnes Dd. Coval. *in libell. de arte jur. cap. 15.* (f) *ut arguit text in l. 3. & ult. ff. de decret. ab ordin. faciend. l 6. in princ. ff. quod cujusque univers nom l. Magistratus. 25. ff. ad municipal. & c. quod super. 9. extr. de majorat. & obedient.*

Est autem propriè Statutum jus, quod ab alio legislatore, quàm 38
Imperatore, vel Pontifice Romano conditum est.

d c. ius c. vile, ibi, quisque populus vel civitas, distinct. 1. Vide Coler. *de process. executiv. part. 1. cap. 3. num. 1. & seqq.*

Cæterum condere potest statutum non modò Magistratus totius 39
alicujus provinciæ populo sibi subdito, veluti Episcopus in sua Diœcesi, (a) Rex Imperio subjectus in suo regno, Dux in suo Ducatu, Marchio in sua Marchia, Comes in suo comitatu. *(b)* Sed & Senatus, *(c)* tum liberæ Imperialis civitatis, *(d)* tum municipii. *(e)*

a) *c. vestræ, extr. de locat. & conduct. c. 2. extr. de major. & obed. c. cum dilectus, §. Dictus verò procurator, extr. de consuetud.* (verbi autem

Diœcesis sit etiam mentio in jure civili, & significat **provinciam**, *ut in l. 1. C, de privatis carcerib.* In jure verò Canonico Diœcesis est Episcopatus, *c. quod super his. 9. extr. de majorat. & obed.*) (b) *l. 2. C de offic. Præf. Orient. Ordin. Cam part. 1. tit. 57.* Bart. *in l. omnes. 9. num. 8. ff. de just. & jur.* Ioan. Coras. *in d. libr. de juris arte. parte 2. cap. 15. cæteriq; Dd. quos refert.* Ioan. Borcholt. *in comm. in usus feud. cap. 5. num. 37.* vide quoque Sebast. Medices *in tract. de legib. & statut. part. 1. quæst. 20.* (c) qui Princeps in sua civitate dicitur *l. Spadonem. 15. §. si civitatis. 9. ff. de excusat. tutor.* (d) *l. Antiochensium. 37. ff. de reb. auctor. jud. possid.* Andr. Gail. *lib. 1. de pace public. cap. 6. numer. 11.* (e) *l. 6. in princ. ff. Quod cujusque univers. nomine. l. prohibere. 3. §. Planè. vers. Hoc ita, ff. quod vi aut clam, l. 3. & ultim. ff. de decret. ab ordin. faciend. & l. Magistratus, 25. ff. ad municip. l. 1. C. de emancip. lib. l. Divi 31. §. Lucius 6. ff. de admin. & pericul. tutor.* vide Sebast. Medic. *in dict. tract. de legib. & Statut. part. 1. quæst. 21. & quæst. 23.* Everhard. Bronchorst. *cent. 1. τραυλοφ. aff. 6.* Quæque civitas Imperatori vel Papæ subdita consuetudinem introducere potest, *c. venientes. 9. extr. de jurejurand.* Ergo & statutum condere, Bart. *in l. omnes populi. 9. num. 2. & ibid.* Iason. *num. 26. & in repetit. nu. 32.* Zasius *ibid. num. 11. ff. de just. & jur. &* Petr. Iacob. Aurel. *in pract. Aurea libell. Rubric. 69. ff. de Statutis Univers.* Marant. *in Specul. part. 4. distinct. 9. num. 7.* Hening. Goden. *consil 31. nnmer. 8.* Sichard. *cons. feud. 5. num. 3. & seqq.* Coler. *de proces execut. part. 1. cap. 3. num. 12. & seqq.*

40 Quin & collegia tam **Ecclesiastica**, *(a)* **quàm** secularia, *(b)* condere sibi Statuta possunt, **proindeque & pars civitatis**, *(c)* quàm nostri quarterium vocant. *(d)*

a) *Cap. 2. §. cæterum & §. statutum quoque. extr. de Verb. Signif. in 6. & c. cum accepissent, ibi de communi assensu Canonicorum Tullens. fuerit constitutum, extr. de constit.* (b) *l. 4 ff. de Collegiis & corporib. l. ult. C. de jurisd.* Bart. *in l. omnes populi 9. num. 6. ff. de justit. & jur. ibi etiam* Ias. *nu. 37.* Ioan. Coras. *in libell. de juris arte. part. 2. cap. 15.* Iohan. Schneidevv. *ad §. Ius autem civile, num. 16. Instit. de jur. nat. gent. & civil.* Sebast. Medic. *d. tractat. de legib. & statut. part. 1. quæst. 22.* (c) Est enim collegium approbatum *l. si quis à filio 32. §. fin. ff. de leg. 1.* Vnde etiam statutum facere potest, facit *l. 2. §. deinde cum esset in civitate 8. ff. de Orig. jur.* Bart. *in d. l. omnes populi 9. num. 9. ff. de justit. & jur. & ibid. etiam* Ias. *num. 40.* Ioan. Sneid. *ad d. §. jus autem civile, num. 16. Instit. de jur. nat. gent. & civil.* (d) Bart. *num. 7. &* Ias. *num. 40. in d. l. omnes populi 9. ff. de justit. & jur. &* Schneid. *d. loco num. 16.*

41 Cæterum an hi, quibus jus est condendi statutum, etiam absque consensu & auctoritate superioris, cui subditi sunt, facere possint statutum?

Digitized by Google

tum? Controversum est. Nos autem hîc superioris auctoritatem & confirmationem, quæ hodie tamen prudenter desiderari assolet, necessariam esse non putamus, (a) modò statutum non fiat de his, quæ publicis legibus prohibita sunt. (b)

a) *Cap. 1. de constit. in 6.* Ias. *in l. Omnes populi 9. num. 34. & 35. ff. de just. & jur.* Tyber Decian. *respons 56. nu. 2. vol. 2.* Matth. Coler. *de proces. execut. part. 1. cap. 3. num. 6. & seqq.* Petr. Iacob Autel. *in pract. Aurea. libell. rubr 69. num. 9.* Ioan. Coras. *in libell. de juris arte part. 2. cap. 15.* Sed hanc quæstionem Dd nostri decidendo variè distinguunt; Alia est distinctio *in d. l. omnes 9. num. 34. & 35. ff. de justit. & jur.* quam Bartoli distinctionem: qui distinguit an populus Iurisdictionem habeat, quæ in casu, ei statuti condendi potestatem tribuit prò jurisdictionis modus sequitur Iohan. Sneid. *in §. jus autem civil. num. 14. Instit. de jur. nat. gent. & civil.* Alia Baldi distinctio in eadem *l. num. 6. vers. Sed puto verum:* Alia Angeli *ibid. num 5.* Alia Zas. *eodem loco* alia Conradi Lagi *in method. jur. civil. part. 1. cap. 4. num. 11. alia* Valq. *lib. 1. quæst. illustr cap. 47. n. 9.* (b) *l. 3. §.* Divus Hadrian *ff de sepulchro. violat l. 2. C. de offic. Præf Prætor. orient. l. ult. in fine ff de Colleg. Auth Navigia. C. de furtis, Auth. Omnes peregrini, C. communia de succes. c quod super his 9 & c cum inferior 16. ext. de major. & obed. c vestr 2 extr de locat. & conduct. c. cum dilectus filius 8. § caterum. extr. de consuetud. c venientes. 19. extr. de jurejur. cap 2. §. caterum & § statutum quoque. extr. de Verbor. Signif. in 6* Bald. *num. 6.* Ias. *nu. 30.* & Angel. *num 3 in d. leg. omnes populi 9 ff de justit & jur* Ferdinand. Vasq. *tractat. de succes. & ult. volunt. lib. 1. titul. de testatoris potentia. §. 6. num 6 & 15.* Schrader. *Tractat. feudal. part. 9. part. 2. princ. sect. 3. numer. 98. & seqq. & part 10. sect. 20. num. 146. & seqq. vide* Sichard. *in l. si non speciali 9. n. 10. C. de testam. ubi nobiscum sentit.*

Ve regulariter abique Superioris auctoritate Statutum fieri potest, 42
ita etiam Princeps, Comes, Baro absque consensu suorum subditorum condendi statuti jus habet. (a) Senatus verò cujusdam Universitatis, puta civitatis, vel Collegii non nisi convocatis & cònsentientibus civibus vel collegis omnibus, (b) aut eorum parte majori, (c) statutum condere potest. Præterquam si ipsi cives vel collegæ jus promulgandi statuti in ipsum Senatum contulerint.

a) *Argum. l. 3. C. de legib. cap. 2. extr. de major. & obedient. cap. 1. & ultim. de constit. in 6:* Conrad. Lagus *in Method. jur. civil. part 1. cap. 4. num. 11.* & Ioan. Coras. *in libell. de jure arte part. 2. cap. 16 in princip.* (b) *§. Lex est, & §. seq. Instit. de jur. nat gent. & civil. l. de quibus 32. §. 1. vers. Nam quod major pars. ff. de legib.* (c) *l. 2. C. de decurionib. lib. 10. & l. quod major pars. 19. ff. de municip.* (d) *§. Senatusconsultum. Instit. de jur. nat.*

nat. gent civil. & l. 2. §. Deinde quia difficile, ff de Orig jur. l. non ambigitur. 9. ff. de legib.

43 Sed quæri ſolet & diſputari, an teſtamentum vigore ſtatuti coram duobus vel tribus teſtibus factum, etiam ad bona extra ſtatuentis territorium ſita extendatur? Et affirmantium opinio, ut jure verior, ita quoque uſu recepta eſt.

Andr. Gail. *lib. 2. obſervat. 123.* Mynſinger. *cent. 5. obſervat. 20.* Dn. Beſold. *in diſput. 3 Iur. Wurt. th. 9. Et facit pro hac concluſione l. jus noſtrum non patitur. 7 ff. de regul. jur.* Sed nunquid etiam forenſis ſecundum ejuſmodi ſtatutum condere teſtamentum poteſt? *Communis Dd Schola ajentem probat opinionem*, Schæffer. *part. 1. quæſt. 39. num. 7.* cùm ſtatutum concernit tantum ſolennitatem actus, Gailius *libr. 2. obſerv. 123. num 3.* Sebaſtian. Medic. *de legibus & ſtatut. quæſt. 11. num. 4.* Fürſtl. Würtemb. Landrecht / *part 3. tit. 1. in princ.* Eaque ſententia his nititur rationibus. 1. Quod factio teſtamenti eſt voluntariæ juriſdictionis, proindeque comprehendit etiam forenſes, Bart. *in l. 1. C. de emancipat. liber.* 11. Quia ratione contractus obſervat forenſis etiam ſtatuta loci, *c. Romana. 1. Tit. de foro compet. in 6.* poſt Bald. Sichard *in l. 9 num. 10. C. de teſtamentis.* diſtinguit inter ſtatutum: Aut ajunt privilegium datum eſt perſonis, puta Civibus alicui Civitatis, aut eſt conceſſum loco, puta Civitati Norinbergenſi: Priori caſu ſoli cives eo fruuntur privilegio: poſteriori caſu etiam forenſes eo uti poſſunt, quando autem in aliqua Civitate per conſuetudinem remiſſæ ſunt juris ſolennitates teſtamentariæ, tunc forenſes ea conſuetudine non utuntur. Sichard. *dict. loc. n. 11.* Diſſentit *poſt* Oldrad. *conſil. 248.* Fachinæ. *lib. 5 controverſ jur. cap. 90* hoc argumento, quod eſt commodum aliquod teſtari ſub minori teſtium numero Commoda autem frui debere, qui onera ferunt, *l ſecundum naturam 10. ff. de regul. jur.* Cives autem, & municipes, atque incolas pati onera civitatis, non forenſes, *l. 1. in princ. ff ad municipal.* Proinque hos tantum eo commodo teſtandi frui. Sed replicari poteſt contra Fachinæum, Quod forenſis, ſi contrahat in alieno municipio, obligatur ejus ſtatuto, *l. Hæres. 19. & l. ſeq ff. de judic.* Ergo illius etiam commodum percipere debet. *Facit huc l. ſi fundus ff. de evict.* Vid. Dn. D. Beſold *in præcognit. ff. ff. pag 118. quæſt 5.* ubi ſupra relatam diſtinctionem Sichard *rejicit, per l. 27. pr. ff. de tut. & curat. dat.* Princeps enim in alterius territorii bona nullam habet Juriſdictionem, igitur nec de iis ſtatuto diſponere poteſt.

44 Contra vero ſtatutum, quo de ſucceſſione inteſtati aliter diſponitur, quam juris communis ſanctio admittit, ad bona extra territorium ſtatuentis ſita non porrigitur, licet nonnulli ex Interpp. noſtris ſecus ſentiant.

Myn-

Mynſinger. *cent. 5. obſerv 19.* & Andreas Gail. *dict lib. 2. obſerv. pract. obſerv. 124.* Andreas Tyraquell. *de jure primogenit. quæſt 46. & ſeq.* Modeſtin. *Piſtor. conſil. 3. num. 47. & ſeq. libr. 1.* Decian. *conſil. 71. volum 2.* Cravett. *conſil. 30. num. 3. part. 1.* Molin. *conſil. 53. num. 9. & ſeq.* Cephal. *conſil. 319. num 60. & 76.* vide Cravettam *conſil. 272. per tot.* Sed obſtat, quod ſtatutum illud non rem ſed perſonam afficere videtur, cum ſucceſſor vicem defuncti ſuſtineat, Hæreditas enim definitur ſucceſſio in univerſum jus defuncti. Aliud de bonis mobilibus dicendum putat Iacob. Schultes *libr. 1. quæſt. 24. 39. & 40.* Quid ſentiendum ſit de bonis mobilibus vid. Schultes *dict. quæſt. 24. nu. 13.* quid de nominibus & Actionibus. vid. Schultes. *dict. quæſt. 24. per tot.*

Dicendum modò quid ſit generale, quid item ſpeciale jus ſcriptum. 45
Generale jus eſt, quod ad omnes communiter & univerſos cives pertinere juſſum eſt: (a) quomodo regulariter jus omne conſtitui debet. (b)

a) *l. 1. §. ultim. ff. de conſtit. princ. l. 3. C. de legib. §. Sed & quod principi, verſ. ultim. Inſtit. de jur. nat. gent. & civil.* (b) *l. Non in ſingulas. 8. ff. de legib.*

Speciale jus eſt, cujus poteſtas ad quoſdam tantùm pertinet: eſtque 46
particulare, vel perſonale, ſive ſingulare.

Ius particulare eſt ſpeciale jus, quod vel ad certas ejuſdem condi- 47
nis perſonas, vel corpora, vel cauſas pertinet: (a) ut eſt jus privilegii dotium, (b) jus privilegii fiſci, (c) jus privilegiorum Scholarum, (d) jus privilegiorum domus Auguſtæ, vel rei privatæ, (e) Ius item privilegiorum militum. (f)

a) *dict. leg. leges 3. in fine C. de legib. l. Privilegia quædam 196. ff. de regul. jur.* Cujac. *lib. 15. obſerv. cap. 8.* (b) *Tit. Cod. de priv. dotis l. in rebus, 30 C. de jure dot.* Enenckel. *d. privil. jur. civil. lib 2. cap. 1. num. 24.* (c) *l. aſſiduis 12. Cod. qui potior. in pign hab* (d) *Tit. Cod. de privil. Scholar. lib. 12.* (e) *Cod. Tit. 74. lib. 10.* (f) *de his vide tract. meum de jure pugn. lib. 1. cap. 19. & aliquot. ſequent.* adde Enenckel. *de privileg. milit. &* elegantiſſimum diſcurſum. Dn. Iohan. Georgii Beſold. p. m. noſtræ jurisprudentiæ nimis citò denati, quem refert Dn. Chriſtoph. Beſold. *part. 1. delib. fol. 43 & ſeqq.*

Perſonale ſive ſingulare jus eſt, quod uni alicui vel pluribus certis 48
perſonis in præſens tempus ſingulariter indultum eſt, proindeque ad exemplum trahi non poteſt: veluti ſi princeps ob meritum alicujus quippiam ei indulgeat, vel alia ex cauſa, vel ex gratia alicui ſubveniat: aut pœnam ſolito graviorem, & acerbiorem alicui irroget.

Digitized by Google

Dict. leg. 1. & ult. ff de conſtit. princ. & d. §. Sed & quod principi, Inſtit de jur. nat. gent. & civil. l. quòd verò 14. cum duabus ll. ſeqq ff de legib. Exempla ſunt in § fœminæ, Inſtit. de adopt. § Pari ratione Inſtit quib. mod. jus patriæ poteſt. ſolu. §. extraneis autem. 5. verſ ſed hoc quidem ibi, cuidam ſpeciali beneficio. Inſtit. de hered qualitat & differ. l. 1. §. ultim. ff. de capt. & poſtlim reverſ. l. ult. ff de legat. l. neque Dorotheum. 61. C. de decur. lib. 10. l. ex facto 43. in princ ff. de vulg. & pupill ſubſtit.

Hinc privilegium aliud eſt privatum, aliud publicum, ſive commune. Illud eſt, quod privato alicui conceditur à Principe privato diplomate. Hoc verò eſt, quod legibus publicis, certo generi perſonarum tribuitur.

Donell. *lib. 17. Comment. cap. 11. pag. 50.* Enenckel. *de privil. jur. civil. cap. 3. libr. 1.* quandò verò Princeps privilegia abrogare poſſit, tradit Dn. D. Beſold *lib. 1. ff. in delibat. quæſt. 13. fol. 30.*

Clas. I. Disputat. IV.

DE JURE NON SCRIPTO, ſive conſuetudine & æquitate.

Thesis I.

EXpoſito jure ſcripto, excutiendum deinceps jus non ſcriptum. Jus non ſcriptum eſt, quod abſque communi deliberatione & ſine ſcriptura in uſum venit. Ejuſque partes duæ ſunt: conſuetudo, & æquitas.

Cic. in Topic. Si quis, ait, jus civile dicat eſſe, quod in legibus, Senatuſconſultis, rebus judicatis, juriſperitorum auctoritate, edictis magiſtratuum, more, æquitate conſiſtat, &c. Conan. *item lib. 1. Commentar. cap. 10. num. 3.* ſunt, inquit, hujus non ſcripti juris partes duæ, conſuetudo & æquitas: *Patet idem ex l. 2. §. quanquam, ibi, hæc æquitas ſuggerit, etſi jure deficiamur, ff. de aqua & aqua pluv. arcend. & l. in his, 16. ex bono & æquo junct. verb. ſcripti juris rationem, ff. de condit. & demonſtrat. l. Nulla 25. ibi, nulla juris ratio aut æquitatis benignitas, ff. de legib.*

Con-

Digitized by Google

Conſuetudo eſt jus non ſcriptum, quod tacitus populi conſenſus 2
probabilis, plurimorum annorum obſervatione frequenti, inveteratus firmavit: (a) quod licet poſteà, ut in futurum certum ſit, ſcripto comprehendatur, conſuetudo tamen, ſive jus non ſcriptum manet: (b) quale eſt jus feudorum. (c) Si verò à legiſlatore tum auctoritatem accipiat, tum in ſcripturam, ut lex ſit, redigatur, deſinit eſſe conſuetudo, & jus ſcriptum efficitur. (d)

a) *l. de quibus 32. ff. de legib. §. ſine ſcripto. Inſtit de jur nat. gent. & civil. l 1. ibi, ratio, quæ conſuetudinem ſuaſit, item ibi, quæ in oppido frequenter, Cod Quæ ſit longa conſuetud l. ſcire oportet. 13. § penult. ff de excuſat. tutor. Novell. 34 cap. 1.* (b) *dict. leg 32 ff de legib.* Bart. *in l. de quibus numer. 8. & ibid etiam* Ial. *num. 36. dict. tit.* (c) ut arguit inſcriptio librorum de feudis, & ſcribit poſt alios Curt. Iun. *tract. de feud. part. 1. quæſt. 1. num. 11. & 12.* Obend. *in Claſſ act. de action. benefic. p. 915 & ſeq. dict. leg. 1. §. Sed neque ex multitudine. verſ. Omnia enim & §. ſeq. verſ. Cum enim antiqua, & l 2 §. Tanta autem. Cod. de jur. vet. enucl. cap. 2. de præbe d in 6.* Bart. *in dict. leg. de quibus 32. num 8 ff de legib.* Conan. *lib. 1. Commentar. cap. 10. num. 3.* Ioan. Coral. *in libell. de jur. arte p. 2. cap. 18. in fine.* Sola in ſcripturam redactio non facit legem, ſed ſi ſcribatur conſuetudo, ut lex ſit. Legis enim eſſentiale ſcriptura ſola non reputatur, Dn. D. Beſold. *in de lib ff ex lib. 1 quæſt. 15. fol. 11.*

Non poteſt autem introduci conſuetudo, niſi ab eo populo, qui 3
auctoritatem & poteſtatem juris condendi habet.

Vide Tiraquell. *in tract. de jur. primogenitur, quæſt. 16.*

Sunt igitur conſuetudinis quatuor requiſita: Tacitus populi con- 4
ſenſus, plurimi anni, frequens obſervatio, & ratio probabilis.

Diff. l. de quibus 32 ibi, tacito conſenſu, l. diuturna 33. l. ſed & ea 35. ibi, longa conſuetudine, item ibi, per annos plurimos, & ibi, tacita civium conventio, ff. de legib. d. §. ſine ſcripto, ibi, diuturni mores, Inſtit. de jure nat. gent. & civil. l. 1. ibi, in oppido frequenter, item ibi, ratio, quæ conſuetudinem ſuaſit, & ibi, longam conſuetudinem, l. 2. ibi, uſuſq; longævi C. Quæ ſit longa conſuetud. l. 3 ibi frequenter, C. de ædif privat. l. ſine 32. §. penult ibi, conſuetudinem ſemper obſervatam, ff. de admin & peric. tutor cap. ultim ibi, longæva conſuetudine. & ibi, niſi fuerit rationabilis, & legitime ſit præſcripta, extr. de conſuet.

Tacitus populi conſenſus hîc eſt, qui abſque communi delibera- 5
tione, & ſine ſcriptura, quibuſdam tantum actibus, rebus ipſis & factis declaratur.

dict leg de quibus 32. ibi, rebus ipſis & factis, ff. de legib. Andr. Gail *lib. 2. practic. obſerv. 31. n. 9.* Mynſing. *cent. 6. obſerv. 41. n. 12. & obſerv ſeq.*

6 Consensus verò ille ad consuetudinem, sive jus non scriptum introducendum intentus & directus esse debet: alioqui non introducitur consuetudo.

Per l. ultim. ff quemadmodum servitus amit. l. 1. §. Vivianus rectè ait, 6. ff. de itiner. actuſq; privato l. 1 §. Aristo putat ff de aqua cottid. & æstiv. l. qui jure familiaritatis, 41. ff. de adquirend. vel amittend. possess. Molinæus *tractat. de commer. & usur. quæstion. 92. num. 708. pag. 704.* Hinc rectè dicitur consuetudinem esse legitimè præscriptam, *c. ultim. extr. de consuetud. & c. 5. tit de prebend. in 6.*

7 Plurimi verò anni, quos ad introducendam consuetudinem jura exigunt, secundum glossæ & omnium ferè Doctorum sententiam, jure Canonico in rebus Ecclesiæ tempore Decennii concluduntur, si præter jus consuetudo introducatur: Sin contra jus, quadraginta annorum præscriptione opus esse: Verum jure civili in secularibus rebus indistinctè annorum decem sufficere tempus tradunt.

Andr. Gail. *lib. 2. observ. 31. num. 3.* Mynsing. *cent. 6. observ. 41. numer. 9 & 10. & observ. 42. numer 1.* Roch. Curtius *inc. ultim. extr. de consuetud. sect. 3. nn. 25. & seqq.* Donell. *quoque lib. 1. comm. c. 10. sentit annos decem jure civili sufficere.*

8 Sed hæc opinio expensis accuratius juris textibus satis tuta & firma non est. Etsi enim diuturnum tempus, quod consuetudo requirit, *(a)* quandoque significet tempus decennii. *(b)* Et tempus longum quod exigit consuetudo, *(c)* interdum denotat annos decem. *(d)* Id tamen perpetuum non est. *(e)* Longum enim tempus aliquando etiam viginti, triginta, quadraginta annorum tempus significat. *(f)* Adhæc consuetudo inveterata esse debet. *(g)* Sed inveteratum dicitur quoque id, quod ad hominum ætatem se extendit. *(h)* Præterea consuetudo dicitur usus longævus. *(i)* Ævum autem latinis significat benè longum tempus, & ferè sempiternum. *(k)* Porrò consuetudo dicitur perpetua. *(l)* At perpetuum significat etiam id, quod sese ad 30. vel 40. annos porrigit. *(m)* Denique consuetudo per plurimos annos observata esse debet. *(n)* Item antiquitus probata & semper servata. *(o)* Ex quibus omnibus intelligitur, quod consuetudo spacium decennio majus requirat. Et quidem tantùm temporis spacium, quod sensim & tandiu labitur, donec morem fecerit, & habitum in animos civium induxerit. *(p)* Quod cum jure certo definitum & expressum non sit, judicis discretioni & arbitrio committi debet, qui pro rei qualitate circumspectè æstimabit, quantum temporis ad firmandam consuetudinem necessarium fuerit. *(q)* Sed opinionem communem pleraque fori subsellia, ut ipse animadverti, sequuntur.

2) *Dici*

a) *Dict. l. Diuturna, 33. ff. de legib. & §. ex non ſcripto, ibi, diuturni mores, Inſtit. de jur. nat. gent. & civil.* (b) *ut in l. ſi cum. 16. §. Ariſto, ff. qui & quib. manumiſſ. liberi non fiant,* (c) *dict. leg. Sed & ea. 35. ibi, longa conſuetudine, ff. de legib. l. 1. ibi, longa conſuetudine, Cod. Quæ ſit longa conſuetud.* (d) *§. 1. Inſtitut. de uſucap* (e) *Nam Cicer. de ſenectut.* Nihil, inquit, mihi diuturnum videtur, in quo aliquid eſt extremum. (f) *ut in l. un. C. de uſucap. transformand. & tit. Cod. de præſcript. longi tempor. l. 2. & 3. C. de præſcript. 30. annor. l. 1. C. Theodoſ. de act. cert. temp. fin.* (g) *d. l. de quibus 32. §. 1. ff. de legib.* (h) *Cicero. 2. de Natur. Deo.* Nec una, inquit, cauſa ſeculis, ætateque hominum hæc opinio divinitatis inveterare potuiſſet, (i) *in d. l. 2. Cod. Quæ ſit longa conſuetud.* (k) *Cic.* Romulus, *ait,* cum Diis in cœlo agit ævum (l) *in l. Item eorum 6 ff. Quod cujuſq; Univerſitatis nomine* (m) *in princ. tit Inſtit. de perpetuis & temporalibus actionib.* (n) *d. l. Sed & ea, 35 ff. de legib.* (o) *l. 3. C. Quæ ſit longa conſuetud. d. l. fine 32. §. pen. ff. de adminiſtrat. & peric. tutor.* (p) Franciſc. Conan. *lib. 1. Commentar. jur. civil. cap. 10. &* Iacob. Cujac. *in paratit. Cod. tot. Quæ ſit longa conſuetud.* (q) latè Menoch. *de arbitr. Iudic. libr. 2 cent. 1. caſu 83. num. 6. & ſeqq.*

In cauſis verò quæ Principi ſpecialiter reſervatæ ſunt, veluti Regalia, *(a)* ut contraria conſuetudo obtineat, ultra memoriali tempore opus eſſe ſcribunt: *(b)* quod plerique centum annorum tempus definiunt. *(c)* 9

a) *de quib. in c. un. tit. Quæ ſint Regalia in uſibus feudor.* (b) *per text. & gl. in c. ſuper quibuſdam. extr. de verb. ſignif.* (c) *per l. 2. §. Ductus, ff. de aqua cotid. & æſtiv. Cyn. in l. 2. qu. 9. C. de ſervit. & aqua.* Bald. *in l. fin. C. de long. tem. præſcript.* Vide Aymon. Cravet. *de Antiquitat. tempor. part. 4.*

Frequens obſervatio, hoc eſt, frequentes ejuſdem generis actus, quibus conſuetudo intra prædictum tempus introducitur, duobus conformibus, homogeneis & ſimilibus actibus judicialibus vel extra judicialibus definitur, modò tamen ita celebres & notorii fuerint, ut veriſimiliter in populi notitiam venerint, & de ejus tacito conſenſu conſtare poſſit. *(a)* Aliàs plures neceſſarii fuerint; unde & hîc diſcretione judicis opus erit. *(b)* 10

a) Cum enim frequentes actus hîc deſiderentur, *l. 3. ibi, quæ in oppido frequenter in eodem genere controverſiar. C. de ædific. privat. & l. 2. ibi, quæ in oppido frequenter eodem controverſiar. genere, C. Quæ ſit longa conſuetud.* Frequenter autem agi dicatur, non quod bis, & ſæpius agitur, *l. 5. & 6. ff. de legib. l. Item 15. § Aliud eſt appellari, ff. de jurejur.* certè non ſemper duo ſufficiunt actus, ſed quandoque plures exiguntur, Bartol. *in ſecunda*

Digitized by Google

cunda lectur. dict. l. De quib. 32 num. 12. ff. de legib. & ibi Ias. *num. 51.* Panorm. *in c. fin. num. 17. extr. de consuet.* Andr. Gail. *lib. 2. observ 31. nu. 7. & 8.* Mynsing. *cent. 6. observ. 41. num. 7. & observ. 42. & Resp. 13. num 25. decad. 2.* Dn. Besold. *ad tit. 3. & 4. lib. 1. ff. num. 3.* (b) *Arg l. 1. § ult. ff. de jur. deliber. & l. Mora 32. in princ. ff. de usur. & ita sentit post alios* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 2. cas 81. num 4.* Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 424. nn. 15. 16. 17. 18. & 19.*

11 Etsi autem utile sit, consuetudinem aliquo judicio esse firmatam, *(a)* tamen id necessum non est, sed sufficiunt ad introducendam consuetudinem etiam actus extrajudiciales. *(b)*

a) *l. Cum de consuetudine 34. ff de legib.* (b) *d. l. 3. C. de edif privat. d. l. 1. C. Quæ sit longa consuetudo, d. l. De quibus 32 dict l. sed & ea 35 ff. de legib Donell. lib. 1. Comment. cap. 10* Duaren. *ad tit. ff. de legib. cap. 11.* Andr. Gail. & Mynsing *dictis locis.* Dn. D. Betold. *dict. locis 32. fol. 161.*

12 Probabilis ratio ad consuetudinem introducendam necessaria, dicitur ea, quæ est præter jus, hoc est, quæ non omninò & manifestè refragatur divino & naturali jure. *(a)* Etsi hac de re dubium fuerit, judicis disquisitioni & arbitrio res ea committenda erit. *(b)* Quin etiam contra jus superioris consuetudo introduci non potest. *(c)*

a) *Cap. ultim. extr. de consuetud cap 1. de jurejur. in 6. Novell 134. cap. 1.* Mynsing. *cent. 6. observat. 41. num 3 & 4.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. 31. n. 11. 12. 13 & 14.* Vasq. *de success. creat. lib. 1. § 2. nu 7.* (b) Menoch. *dict. l. 2. de arbitr. jud. cent. 1. cas 82.* & Gail. *d observ. 31. num. 13.* (c) *c. venientes. 19 extr. de jurejur.* Bender. *de revision conclus. 29 nu 19. & seqq.* Et derogat consuetudo legibus scriptis. *l. de quibus & ll seqq ff de ll.* Amplissi. Besold. *in Oiconom ad tit. 3. & 4. lib 1. ff.* Coras. *de jur. art. part. 3. cap. 15.* Gœdd. *ad. l 102 n. fin. ff de verb signific.*

13 Quod si consuetudo rationabilis non sit vetus corruptela, quàm consuetudo dicetur, *(a)* licet longo tempore in usu fuerit. Malè enim adinventa, malæque consuetudines, neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine, firmantur. *(b)*

a) *d. c. ult. extr. de consuetud.* (b) *ut scribit Imp. in Novell 134. cap. 1. vers. Malè enim.*

14 Sed consuetudo cum sit facti, *(a)* & facta non præsumantur, sed probanda sint, *(b)* suam qui consuetudine fundat intentionem, plenè probare eam tenetur. *(c)*

a) *Cap. 1. extr. de constit in 6.* (b) *l. Quæcunque 15 § fin ff de Publician. in rem act. l. an. C. de Mandat. Princip l 1. Cod de probat. l. Asseveratio 10. C. de non numerat. pec l. si emancipati 9 C. de collationibus* (c) *l. 1. ibi, probatis hic. C. Quæ sit longa consuetudo,* Ioseph. Mascard. *de probationibus,*

nibus, vol. 1. concluſ 423. num. 19. & 20. Quod ſi tamen generalis & notoria ſit conſuetudo, ut ſi in ſcripturam ſit redacta (quales ſunt conſuetudines feudales) non indiget probatione: imò nec allegatione: Vnde judex in notoriâ conſuetudine ſupplere poteſt, *Chaſſanæ. in conſuetud. Burgund. fol. 3.* Mynſing. *cent. 5. obſerv. 96. n. 7.* Notoria enim conſuetudo jus certum eſt: Ius autem certum coram tribunali Iudicis periti neceſſariò non allegatur, Mynſing. *cent. 5. obſerv. 88.*

Probari autem conſuetudo debet teſtibus tribus, per Curias, vi- 15
cos, interrogatione, & examine currente. *(a)* Qui teſtes de tribus primis requiſitis cum ratione ſcientiæ deponere debent. *(b)* Quibus tribus requiſitis probatis Iudex inde quartum requiſitum ipſe colligere poterit, an ſcilicet conſuetudo rationibilis, ſit nec ne?

a) Cujac. *lib. 2. obſervat. cap. 1.* (b) Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. practic. obſerv. 31. num 15.* Mynſing. *centur. 6. obſervat. 41. num. 13. & 14. Idem* Mynſing. *Reſponſo 12. num. 22. & ſeqq. Item Reſponſo 13. num. 19. cum aliquot ſeq. Decad. 2. & Reſponſo 32. n. 28. & ſeqq. Decad 4.* Quomodo conſuetudo probetur. Vid. latè Schultes. *libr. 2. quæſt. 76. & ſeq.* Quomodo hujus probationis articuli formandi. Vid. Eund. Schultes. *quæſt. 78. per tot.* ubi plura notatu digna reperies.

Sed quot teſtibus probanda ſit conſuetudo, non immeritò dubita- 16
tur; Ego ipſorum ſententiæ ſubſcribendum puto, qui in caſu, quo dubitatur, de conſuetudine, non tantum duobus, ſed decem ad minimum teſtibus docendum eſſe conſuetudinem tradunt. *(a)* Duos autem ſufficere teſtes, ſi duntaxat de initio conſuetudinis probando, aut de fama conſuetudinis demonſtranda agatur. *(b)*

a) *Per l. ſi arbiter. 28 in fin. ff de probat. junct. l. 4. §. turbam, ff. de vi bonor. raptor,* Loriot. *in apicib. jur. tit. de jure conſuetud. axiomat. 68.* Mynſing. *Reſponſ. 13. num. 18. decad. 2.* (b) *per l. ubi numerus. 12 ff. de teſtibus* Rochus Curtius *in cap. ultim. extr. de conſuetud. Sectione 8. num. 8.* Mynſing. *dicto Reſponſ. 12. num. 18. decad. 2.*

Probatur item conſuetudo antiquiſſima & immemorialis ex libro- 17
rum recitatione. Item ex inſpectione omnium publicorum Inſtrumentorum; modò tamen ſimul probetur libris & inſtrumentis illis fidem adhibitam fuiſſe.

l. Vetuſtiſſimam, ubi Angel. *& alii C. de jure dominii impetrando,* Bald. *l. 1. C. de Senatuſconſultum Vellejan.* Aymon. Cravet. *de Antiquitat. tempor. part. 1. §. Ampliatur, num. 16. 17. 18. fol. 32. & part. 4. §. Materia iſta, num. 41. fol. 222.* Ioſeph. Maſcard. *de probat. volum. 1. concluſ. 425. numer. 2. 3. 4. & ſeqq.* Vide quoque eundem Maſcard. *concluſ. 429.*

Similiter

18 Similiter probatur consuetudo, ex lecturis excellentium Doctorum & quidem plenè si duo pluresve attestentur de consuetudine, quæ scriptæ legi convenit: (a) præsumptivè autem non verè, si tractent de alia consuetudine. (b)

a) *De tali consuetudine est l. si de interpretatione 37. & seq. ff. de legibus, c. cum dilectus 8. extr. de consuet.* & ita habet additio ad Guidonem Papæ, *quæst. 565. num. 4. in verbo, attestantur, & post alios* Mascard. *de probat. vol. 1. concluſ. 426. num. 244.* (b) *arg. l. 4. l. Iurisjurandi 9. C. de testib.* additio ad Guidonem *Papæ d. loc.* Zas. *inl. De quib. 32. ff. de legib* Roch. Curt. *in c. cum tanto. 11. extr. de consuet. sect. 8. num. 9.* Iohan. Corat. *in d. libell de juris arte part 2. cap. ult.* At Mynsing. *cent 5. observ. 96. num. 4. & 5. testatur contrariam opinionem in Camera fuisse receptam, Vide quoque* Anton. Gabriel. *Roman. libr. 1. com. concluſ. tit. 1. de probat. concluſ. 4. & Bursat. conſ. 43. num. 54.* Si tamen attestentur de consuetudine loci in quo vivunt, probare eam dicuntur, Menoch. *de arbitr. judic caſ. 360 num. 94.* Petr. Surdus *consil. 108. n. 39. & consil. 110. nu 20.* Grævæ. *in proem. pract. concluſ. num. 108. & seqq.* Creditur item Doctori de consuetudine attestanti, si dicat, uniformiter servari consuetudinem aliquam non etiam si attestetur de consuetudine difformi Zas. *in l. de quibus. n. 23. ff. de legib.* Cothman. *resp. 84. vol. 2. num. 52.*

19 Atque hæc est non scripti juris species prior: sequitur altera de æquitate. (a) Æquitas est jus non scriptum, quod in defectum scripti & moribus recepti juris ratio humanitatis, benignitatis, & justitiæ suggerit. (b)

a) Vid. Dn. Besold. *in delib. ff. ad. lib. 1 num. 12.* (b) *l. 2. §. Quanquam, ff de aqua & aqua pluv. arcend. l. Placuit. 8. C. de judiciis, l. Nulla 25. ff. de legib. l. in his 16. ff. de condit. & demonstrat. l. Planè 38. vers. sed benignius, ff. de petit. hæredit. l. Non tantum 20. ff. de re judic. l. Si cui 38. ibi, habebitur ratio humanitatis, ff. Ex quibus caus major. l. 1. in princip. ibi, adhuc tamen benignè quis dixerit, ff ut in possess. legator. l. Postliminium 19. in princ. ff. de captiv. & postlim. reversi. l. in omnibus, ff. de regul. jur. l Benignius, ff. de legib. l. Non sines 5. ibi, Benignè atque naturalis juris moderatione temperare, C. de bonis quæ liber.* Omne quidem jus est æquitas, sive æquum & bonum, quippe cum generaliter jus definatur ars æqui & boni *in l. 1. §. 1. ff. de Iustit. & jur.* Vnde etiam jus civile est æquitas. *l. 1. §. 1. ibi naturalem potius in se, quam civilem habet æquitatem, ff. Si us quiteſtament. liber esse jussus erit.* Verùm quandoque ipsa æquitas sive bonum & æquum specialiter accipitur, & scripto juri, & moribus recepto opponitur, *ut in d. l. In his 16. ibi, Ex bono & æquo, & ibi scripti ju-*

ris ra-

tis rationem ff. de condit. & demonſtrat. d. l. 2. §. Quanquam ibi, Hæc æquitas ſuggerit, etſi jure deficiamur, ff. de aqua & aquæ pluv. arcend. & d. l. Nulla 25. ibi, Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas, ff. de legib. Quibus locis, (quod obſervandum eſt) jus ſignificat id, quod verè jus eſt, & quod non minus & quidem in totum ac generaliter in omnibus caſibus, de quibus verba legis concepta ſunt, valet ac uſurpatur, quàm æquitas, cui opponitur; cujuſmodi quoque jus eſt, quod in actionibus, ſive judiciis ſtrictis conſiſtit. Interdum verò jus, quod æquitati opponitur denotat id, quod quidem verba legis, vel anguſtiora, vel latiora innuere videntur, ſed à ſententia & voluntate autoris planè alienum eſt. Et hoc jus ſtrictum jus appellatur *in l. Non ſolum 67. §. 1. ff. de ritu nupt. d. l. Placuit, 8. Cod. de Iudic. & l. pen ff. de conſtit. pecun.* Dicitur quoque legis ſubtilitas, & authoritas ſententiæ in *dict. l. ſi fundus 16. §. ſi plures ff. de pignorib.* Item juris ſcrupuloſitas, nimiaque ſubtilitas *in l. Poſthumus 12. in princ. ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſtam. Cicer. lib. 1. offic.* jus ſummum vocat, quod ſumam eſſe injuriam dicit. Sed hoc jus verè jus non eſt: ſiquidem jus non ſit, quod lex non vult, & quicquid alienum eſt à ſententia & mente legis: Nam leges ſcire non eſt verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem, *l. ſcire leges 17. ff. de legib.* Et benignius leges interpretandæ ſunt, quo voluntas earum conſervetur, *l. Benignius, 18. ff. d. t.* Ac in ambigua voce legis, ea potius accipienda eſt ſignificatio, quæ vitio caret, præſertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi poſſit, *l. in ambigua. 19. ff. d. t.* Et quia, ut oſtendi, jus ſtrictum verè jus non eſt, idcirco placuit in omnibus rebus præcipuam eſſe Iuſtitiæ, æquitatiſque quam ſtricti juris rationem. *d. l. Placuit, 8. C. de judiciis*, unde Iudex ſtrictum jus æquitate moderari & temperare debet *d. l. Non ſine. 5. C. de bon. quæ liber.* Alioquiſi verba legis amplectatur, & contra legis voluntatem utatur, in legem committit, *l. Non dubium 5. in princ. C. de legib.* Quod qui facit non ſolum à limine judicii, ſed & ab urbe rejiciendus eſt, ut vult Iuſtinian. *in Orat. de juris decendi ratione, §. Hæc autem tria volumina.* Plerunque tamen in hoc genere de bono & æquo, item ſtricto jure ſub authoritate juris ſcientiæ perniciosè erratur, *l. ſi ſervum 81. §. ſequitur, ff. de verb. oblig.* Et quod dixi, Iudicem moderari & temperare jus ſtrictum debere, non poteſt falſitatis argui, *ex l. 1. & l. ult. §. 1. Cod de legib.* ubi ſoli Imperatori hoc moderamen & temperamentum reſervatum videtur. Nam loquuntur illi textus de ambigua legis ſententia, & cum incertum omnino eſt, an caſus qui contigit, ſcripto legis comprehendi queat. Ita meo judicio rectè accipit ea loca Franciſc. Conan. *lib. 1. jur. civil. cap. 11. num. 7. & 8.* Et Iohan. Coraſ. *in libell. de jur. civil. in artem redigendo, part. 1. cap. 15. circa fin.* adde Dn. Hunn. *de interpretat. jur. lib. 1. cap. 1. quæſt. 4. & quæſtion. 17.* Nec

Digitized by Google

probare possum hac in parte Donellum, *qui lib. 1. Commentar. jur. civil cap. 13 fol 34 dictam leg 1 & l. ult. §. 1. C. de legib. ita explicat*, ut existimet, Constantinum, & Iustinian. Imp. loqui de jure veteri, eoque planè iniquo, quod interpretando prius totum mutandum, & simul jus novum constituendum sit. Cum tamen Iustinian. Imp. *in d. l. ult. §. 1. Cod. d. t.* distinctè agat de legibus condendis, & interpretandis legibus, ut per interpretationem legum non intelligat novam constitutionem, quâ vetus jus immutetur, Interpretamur id, quod immutatum manet; & interpretatio juris est declaratio, & explanatio juris existentis, & haud dum immutandi, *l. 1. in princ. & l. 2. §. His legibus latis, ff. de orig. jur.* Et ejusmodi jus, quod in posterum quoque manebit, ipse Imperator solus interpretari potest, nec præter eum quisquam alius, si ambiguum & planè obscurum fuerit, ut certius statuendum sit, *l. Et ideo. 11. ff. de legib. & d. l. ult. §. 1.* Quæ lex posterior diserte loquitur de ambiguitate legum, ad quas interpretandas Iudex idoneus & sufficiens non est; At ubi lex apertè scripta est, aut non tanta est verborum ambiguitas, quin Iudex sententiam legis & scriptoris assequi possit, inconsulto Principe moderari & temperare pro æquitate eam legem potest, ac debet, *d. l. Placuit 8. C. de legib.* Iudex enim illud observare debet, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est, *§. 1. Instit. de offic. Iudic.* Sed proditum est legibus, constitutionibus, & moribus, non quod verborum cortex & superficies suadere videtur, sed quod mens legis, & scriptoris dictat, *d. l. scire leges. 17. & duabus legib. seqq. ff. de legib.* Quò pertinet etiam *l. incivile. 24. ff. d. t.* Ubi Celsus Iur. consultus, incivile est, ait, nisi tota lege perspecta, judicare vel respondere. Quod si tamen legis verba ita scripta sint, ut satis appareat, Legislatorem velle, ut ipsa lex observetur in omnibus casibus ejus generis, de quo cautum est, etiam iis, in quibus servari videatur nobis æquum non esse, Iudex sine ullo moderamine strictè sequi ejusmodi legem tenetur; *l. Prospexit 11. §. 1. ff. Qui & à quibus manumiss. liberi non fiunt*, Quod, inquit ibi Iurisconsultus Vlpianus, perquam durum est, sed ita lex scripta est. Perquam durum est, ait, id est, prima fronte perquam durum illi videri potest, qui hujus legis rationem perspectam non habet; cum tamen revera durum non sit; quippe cum omne jus sit æquum & bonum, *d. l. 1. §. 1. ff. de Iustit. & jur.*

* * *

CLAS.

CLAS. I. DISPUTAT. V.

DE STATU PERSONARUM.

THESIS I.

EXpoſita juris, ſive nomicæ parte prima, de origine & conſtitutione juris; Sequitur pars altera de ſubjectis negociis, in quibus jus conſtitutum eſt: ut ſunt tum adquiſitio, & amiſſio; tum etiam conſervatio juris cujuſque.

Omne enim jus conſiſtit, aut in adquirendo, vel amittendo, aut in conſervando. Cum hoc agitur, quemadmodum quid cujuſque fiat, vel amittatur, aut cuique jus ſuum conſervetur *l. ult. ff. de legib.*

Quod acquirimus, vel amittimus eſt tum ſtatus perſonarum, (*a*) 2
tum obligatio & inde nata actio: (*b*) tum etiam dominium, & pro eo comparata actio. (*c*)

a) *tit. ff. de ſtatu hominum l. de ſtatu, 15 ff. Qui teſtam. facer. poſſ. & tit Inſtit de jur perſonar. & tit. ſeqq. ſub toto illo primo libro Inſtit.* (b) *tot. tit. Inſtit. Per quas perſonas nobis oblig. adquir. & tot. tit. ff. de oblig. & act. & tit. de ſolutionibus.* (c) *§. Singulorum. ii. Inſtit. de rer. diviſ. & tot. tit. ff. de adquirend. rer. domin. & tot. tit. Inſtitut. Quibus alien. licet vel non.*

Status perſonarum continetur vel ſexu hominum; vel libertate, & ſervitute; vel legitima aut injuſta nativitate; vel capite; vel poteſtate. De ſingulis ordine agendum.

Status nomen quandoque generale eſt, & hæc omnia continet, uti 3
arguit *tot. tit ff de ſtatu homin.* ut & dignitatem, *l. cognitionum 5 §. 1. & § ſeq. ff. de extraord. cognit* ubi dignitas quoque perſonæ ſtatus dicitur. Aliquando vero ſtatus appellatione non continetur dignitas, ſed ei opponitur *l. Qui furere 20 ff. de ſtatu homin. & § Quibus autem. Inſtit. de capit. diminut.*

Sexus ratione diſtinguuntur homines in mares & fœminas. Quo- 4
rum illi melioris, hæ deterioris ſunt conditionis in multis juris articulis. (*a*) Hermaphroditus autem illius æſtimatur ſexus, qui in eo prævalet. (*b*)

 a) *l. in*

a) *l. in multis 9. ff. de ſtatu hominum, l. 2. ff. de reg. jur.* vid. Dn. D. Beſold. *in Oiconom. tit. 5. & 6. lib. 1. ff. quæſt. 18.* operosè Pruckman. *in tr. d. different. utr. ſex. part. 1.* (b) *l. Quæritur 10. ff. de ſtatu hominum.* Dn. D. Beſold. *dict. loc quæſt. 19.* Hermaphroditi quomodo generentur & quæ ſit cauſa generationis eorum, deducit Speckhan. *cent. 1. quæſt jur. 76.*

§ Utrique verò vel nati ſunt, vel adhuc in utero materno tenentur, qui tamen interum natura eſſe intelliguntur, quoties de commodo ipſorum agitur.

l. Qui in utero 7. & l. Qui in utero 26. ff. de ſtat. hominum. Dn. D. Beſold. *dict. loc. quæſt. 9.* Robert. *rer. judicat. lib. 3. cap. 13.*

6 Eſt quoque (ut dixi) hominum ſtatus quidam in libertate, & ſervitute conſiſtens. Vnde hominum alii liberi ſunt, alii ſervi. (a) Liber eſt, qui facere quodlibet poteſt, niſi vi aut jure prohibeatur. (b)

a) *l. 3. ff. de ſtat. homin. & §. 1. Inſtit. de jur. perſonar.* (b) *l. 4. in princ. ff. de ſtatu hom. & §. Libertas, Inſtit. de jur. perſonar.*

7 Prohibetur autem vi, cui alius quiſpiam fortior illicitè reſiſtit. (a) Iure dicitur prohiberi, qui gentium aut civili jure ſervus factus libertatem naturalem exercere vetatur. (b)

a) *l. 2. ff. de homine libero exhibend.* (b) *§. pen. Inſtitut. de jure perſonar.*

8 Olim liber homo vel ingenuus erat, vel libertinus. (a) Sed Iuſtinianeo jure novo, homo liber vel ingenuus eſt, vel quaſi ingenuus, ut qui manumiſſione liber eſt effectus; Vnde hodie ingenuus eſt vel nativus, vel factitius; Nativus, quem mater vel conceptionis, vel geſtationis, vel partus tempore, libera peperit. (b) Factitius liber ſive quaſi ingenuus eſt, qui ex ſervo liber eſt factus. (c)

a) *Novell. 78.* ubi Cujac. Idem Cujac. *in Novell. 12. circa finem, & lib. 7. obſervat. cap. 14. in fin. & lib. 4. obſerv. cap. 5.* Balduin. *in Inſtinian. ſuo mihi pag. 361.* (b) *l. & ſervorum. 5. §. Ingenui 2. ff. de ſtat. hominum & tot tit. Inſtit. de ingen.* (c) *l. Libertini 6. ff. de ſtatu hominum & tot. tit. Inſtit. de Libertin.* Sed an ſententia ingenuum faciat diſquirit Dn. D. Beſold. *in præcognit. ad tit. 5. & 6. lib. 1. ff. quæſt. 7.*

9 In ſervis autem conſiderantur tum ſervilis conditionis cauſæ, & ſpecies ſervorum; tum etiam ſervorum ex ſervitute liberatio.

10 Cauſæ conditionis ſervilis ſunt jus gentium & jus civile.

l. Et ſervorum 5. §. 1. ff. de ſtatu hominum & §. ſervi autem 4. Inſtit. de jure perſonar. Dn. D. Beſold. *in tract. d. trib. domeſtic. ſociet. ſpecieb. cap. 5. num. 1. & in præcognit. ad tit. 5. & 6. lib. 1. ff. quæſt. 4.* Ariſtotel. *in Polit. lib. 1. cap. 1.* exiſtimat, diviſionem hominum in liberos & ſervos eſſe naturalem.

Iure

Iure gentium fiunt servi captivitate, vel nativitate: Captivitate 11
efficiuntur servi, quos populus Romanus ex hostibus Imperii Romani capit. (a) Hostes populi Romani sunt, qui populo Romano, aut quibus populus Romanus publicè bellum decrevit. (b) Nativitate fiunt servi, qui ex ancillis nostris nascuntur. (c)

a) §. *Servi autem 4. Instit. de jur. person & d. l. & servorum. 5. §. 1. ff. de statu hom.* (b) *l. Hostes 118. ff. de verb. sig. l. Hostes 24. ff. de captiv. & postlimin. reversi.* (c) *d. §. Servi autem 4. Instit. d. t. & d. l. 5. §. 1. ff. de statu homin.*

Iure autem civili efficiuntur servi, qui liberi majores viginti an- 12
nis se venire patiuntur; vel ad pretium participiandum, (a) vel ad actum gerendum, (b) hoc est, ut à Dominis, qui ipsos emunt, præponantur pecuniis dandis & suscipiendis, stipulationibus contrahendis, & rationibus domini tractandis. (c) Sola tamen conventio privata non facit aliquem servum ut nec libertum. (d)

a) *d. l. & servorum. 5. §. 1. ff. de statu homin. & d. §. Servi autem 4. Instit. de jur. person.* (b) *l. si quis. 6. § Irritum 5. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testament.* (c) *l. 1. &* ibi Cujac. *Cod. Ne quis liber invitus actum gerere cogatur. lib. 11. & l. un. C. de solutionibus & liberat. debitor. civitat. lib. 11.* (d) *l. conventio 37. ff. de liberali caus. l. Liberos 10. C. d. tit.*

Species servorum duæ sunt: Quidam enim servi dominum ha- 13
bent, (a) Quidam non habent dominum: Vt pro derelicto habiti: (b) Nisi ob gravem infirmitatem pro derelicto habiti sint: quo casu liberi efficiuntur. (c)

a) *l. 1. §. 1. ff. de statu homin. § servitus autem 2. Instit. de jur. person. §. 1. & 2. Institut. de his, qui sui vel alien. jur. sunt l. 1. §. 1. & 2. ff. d. t.* (b) *l. ult. ff. pro derelicto junct. §. hoc amplius interdum 45. Instit. de rer. divis.* (c) *l. 2. ff. Qui sine manumiss. ad liber. perven.*

Sunt etiam sine domino servi manumissi à proprietatario durante 14
adhuc usufructu in persona usufructuarii. (a) Ejusmodi sunt quoque servi pœnæ, ut qui in metallum damnati sunt, vel bestiis subjecti. (b)

a) *Vlpian. in fragment. Instit. tit. 1. § servus, l. 1. C. communia de manumiss.* Franciso. Balduinus *in Iustiniano suo, fol. 366.* (b) Et quod hi pœnæ servi dominum non habeant scribit quoque Cujac. *lib. 18. observ. cap. 13. §. Pœna servum. Instit. Quibus modis jus patr. potest. solvitur.*

Sequitur de servorum liberatione à servitute. Ex servitute libe- 15
runtur servi, vel manumissione, vel ipso jure sine manumissione. (a) Manumissio est de manu datio, id est, ex justa servitute in libertatem missio. (b) Justa autem servitus non est, si quis ingenuus sit in servi-

tute: Vnde illi non officit in servitute fuisse, & postea manumissum esse. (c)

a) *Tot. tit. ff. Qui sine manumissione ad libertatem perven.* (b) *l. manumissiones. 4. ff. de Iustit. & jur. §. 1. Instit. de Libertin.* Iacob. Rævard. *de authorit. prudent. cap 7.* Aithus. *in Dræolog. lib. 1. cap. 26. num. 8.* (c) *l. 2 C. de ingenuis manumiss. l. si quis. 21. in princ. ff. de capt. & & postlim. reversi. §. Cum autem. 1. Instit. de ingenuis*, Iul. Paul. *lib. 5. sentent. tit. 1.*

16 In manumissione considerantur tum modus manumittendi tum impedimentum manumissionis. Duobus autem modis fit manumissio; ultima voluntate, vel inter vivos. Vltima voluntate fit manumissio, cum Dominus vel per testamentum, vel per codicillos servo suo beneficium libertatis tribuit.

l. Liberis. 43. ff. de manumiss testam. §. Multis autem modis 1. Instit. de libertin. Donell. *lib. 2. comment. cap. 15.*

17 Inter vivos celebratur manumissio publicè vel privatim. Publicè in Sacrosanctis Ecclesiis, vel vindicta (a) in sacrosanctis Ecclesiis fieri dicitur manumissio, quæ fit teste populo, & signatore Episcopo. (b) Vindicta fit manumissio apud Magistratum, qui tribunali præest. (c) Veluti apud consulem, aut Prætorem in urbe; In provinciis apud Prætidem vel Proconsulem, (d) Item apud Concilium Principis. (e) Et
18 apud Magistratum municipalem, qui legis actionem habet, fit manumissio, licet is tribunal non habeat. (f)

a) *d. §. Multis autem modis 1. Instit. d. t.* (b) *l. 1. & 2. C. de his qui in Eccles manumitt.* (c) *l. 1. & l. ultim. C. de vindict. libert. l. 2. C. communia de manumiss.* Cujac. *lib. 10. observ. 24.* (d) *l. 2. ff. de offic. Proconsul. l. un. C. de offic. Consul. l. Laudabile. 4. §. pen. C. de advocat. diverse. Indic. l. si rogatus. 20 ff. de manumiss vindict.* (e) *l. ult. C. de libert. & eor. liber.* (f) *d. l. ult. C de vindict.* Barnab. Brissonius. *lib. 1. antiquitat. cap. 11.* Alexand. *ab Alex. genial. dier. lib. 4. cap. 10.*

18 Erat autem vindicta virgula quædam, quâ Magistratus vel lictor servi manumittendi caput bis terve percutiebat, tenente Domino caput servi, & circumducente ipsum, ac pronunciante hæc verba; hunc hominem liberum esse volo. Et dicitur vindicta à Vindicio Vitelliorum servo, qui primus cum libertate & civitatem Romanam accepit, quod proditionis conjurationem indicio suo detexerat. (a). Sed illa manumittendi solennitas in usu esse desiit. (b)

a) *l. 2. §. Et cum placuisset, 24. ff. de orig. jur.* Zasius. *in l. 2. d. §. & cum placuisset. 24. num. 16.* Conan. *lib. 1. commentar. d. jur. Civil. cap. 12. & lib. 2. cap. 4. n. 3.* Hilliger. *in Donell. enucleat. lib. 2. cap. 15. lit. B* (b) *l. ultim. Cod. de emancipat. liber.* Cujac. *lib. 4. observ. cap. 5. & lib. 7. observ. 14. & lib. 16. observ. 31.*

Pri-

Digitized

Privatim fit manumiſſio vel inter amicos, vel per Epiſtolam. In- 19
ter amicos fit manumiſſio, quæ in præſentia amicorum adhibitis quinque teſtibus procedit. (a) Per Epiſtolam expeditur manumiſſio interveniente ſcriptura, & adhibitis quinque teſtibus, qui cautioni manumiſſionis à Domino ſcriptæ vel ſignatæ ſubſcribant. (b)

a) *l. 1. §. ſed etſi quis, C. de latin. libertat. tollend.* (b) *l. 1. & 2. C. d. t.*

Atque illi ſunt modi, quibus ſervi manumiſſione liberi ſunt. Im- 20
pedimenta manumiſſionis ſunt fraus, & defectus naturæ ætatis domini manumittentis. Fraus officit manumiſſioni, ſi Dominus in fraudem creditorum ſuorum manumittat, & facta manumiſſione deſinat eſſe ſolvendo.

In princ. tit. Inſtit. quib. ex cauſ. manumittere non licet, & §. in fraudem cum § ſeq. eod. tit.

Defectus ætatis naturæ dupliciter manumiſſionis effectum impe- 21
dit; Primò ſi Dominus minor 20. annis extra conſilium (hoc eſt citra Magiſtratus authoritatem) ſine juſta cauſa manumittat. (a) Deinde ſi dominus vel domina impubes teſtamento ſervum ſuum manumittat. (b)

a) §. *Eadem lege 4. Inſtit quib ex cauſ manumitt non licet* (b) § *cum ergo certus modus 7. Inſtit. dict. tit. junct. Novell. 119. c. & hoc quoque. 2. per quam corrigitur d §. cum ergo, &c.* Erat antiquitus & aliud manumiſſionis impedimentum conſiſtens in exceſſu definiti numeri ſervorum teſtamento manumittendorum, lege Fuſia Caninia inventum, de quo conſulendus *Vlpian. in fragment. Tit. 1. ubi vide omnino Cuiac. Et Cajus lib. 1. Inſtit. tit. 2.* Sed eam legem Iuſtinian. Imp. ſuſtulit *tit. Inſtit. de lege Fuſia Canina toll. & l. un. C. eod. tit.*

Et tantum de manumiſſione, quâ ſervi liberantur ex ſervitute: 22
Ipſo jure ſine manumiſſione liberantur à ſervitute ſervi, qui ex Senatuſconſulto, vel conſtitutione aliqua liberi fiunt; ut ſi dominus ob gravem infirmitatem ſervum ſuum pro derelicto habeat. (a) Item ſi eum adoptet, vel actis intervenientibus, hoc eſt, coram magiſtratu, filium ſuum nominet. (b)

a) *l. 2. ff. qui ſine manumiſſ. ad libertat. perven. vid ſupr. hac diſput. theſ. 13.* (b) §. *fin. Inſtit. de adoptionibus.*

CLASSIS I. DISPUTATIO VI.

DE STATU LEGITIME VEL illegitimè natorum: itemq; capitis ſtatu.

THESIS I.

1 DE ſtatu ſexus, libertatis & ſervitutis hactenus: ſequitur de ſtatu legitimè vel illegitimè natorum: itemque capitis ſtatu.

Ad ſtatum perſonarum pertinet etiam nativitatem hominum patet *ex l. Paulus. 11. & l. ſeq. l. vulgò concepti. 23. ff. de ſtatu homin. junct. ea Rubrica.* Pertinet quoque ad ſtatum hominum caput eorundem, *l. 1. l. liberos. 3. & ſeq. ff. de capite minutis.*

2 Legitimè nati dicuntur, qui ex viro & uxore, juſto matrimonio conjunctis, procreati ſunt. Illegitimè natos appellamus, quos alio quàm juſto ex coitu prognatos conſtat.

l. Filium. 6. ff. de his, qui ſui, vel alien. jur. Inſtit. tit. de patria poteſt. in pr. & §. ſi adverſus ea, 12. Inſtit. de nupt.

3 Legitimè nati liberi dicuntur etiam juſti filii, filiæque.

d. l. Paulus reſpondit. 11. & ſeq. ff. ſtatu hominum.

4 Is ergo, qui vivente patre, & ignorante, de conjunctione filiæ, inſcio patre quæ nupſit, conceptus eſt, licet poſt mortem patris natus ſit, juſtus filius, non eſt ei, ex quo conceptus eſt.

d. l. Paulus reſpondit. 11. ff. d. t.

5 Si item uxor alicujus abſente per annum, vel longius tempus marito, anniculum in domo ſua habeat, ex Iuliani ſententia, ab Vlpiano comprobata, filius ille mariti filius non eſt.

d. l. filium. 6. ff. de his, qui ſui vel alien. jur. ſunt.

6 Si quoque conſtet maritum aliquandiu cum uxore non concubuiſſe, infirmitate interveniente, vel alia cauſa, uxor autem filium intra tempus illud peperit, filius ille juſtus mariti filius non eſt.

d. l. filium 6. ff. d. tit.

7 Qui autem ſeptimo menſe, à tempore, quo maritus cum uxore con-

concubuit, numerato, ex ipſa uxore naſcitur, juſtus mariti filius dicitur.

l. Septimo. 12. ff. de ſtatu homin. vide Menoch. *lib. 2. de arbitr. jud. quæſt. cent. 1. caſu 89. numer. 34. & lib. 6. præſumpt. cap. 52. numer. 10.* Sichard. *in Auth. Eiſdem pœnis, Cod. de ſecund. nupt.* Arumæus *lib. 2. deciſ. ult. in coronide.* Dn. D. Beſold. *in præcogn. ff. ad tit. 5. & 6. lib. 1. quæſt. 14.* Speckhan. *cent. 1 quæſt.* Rauchbar. *lib. 2. quæſt. 24.* Mynſing. *cent. 6. obſerv. 46.* Sed quæritur, utrum ſeptimi menſis initium, an finis conſiderãdus? De hac quæſtione diſcrepantia extare videntur Iuriſconſultorum reſponſa. *Aliter enim Paulus libr. 4. ſentent. titul. 9. & aliter Vlpianus in l. inteſtato. 3. §. fin. ff. de ſuis, & legit.* ſentire videtur. Sed vide Cujacium *ad dict. tit. 9.* Dicentem, etiam circa initium ſeptimi menſis, atque ita CLXXXII. die (in ſingulos menſes XXX. diebus denumeratis) perfectum partum naſci, *dict. §. fin.* non tantum ſeptimo menſe pleno, *dict. t. 9.* At commodius dici poteſt, circa ſeptimi menſis auſpicium, maturum quidem partum, & aliquando vitalem, *dict. §. fin.* ſeptimo autem menſe pleno maturiorem, & plerunque vitalem naſci, *d. t. 9.*

Quæritur de partu edito à morte viri menſe undecimo? Hunc autem Vlpianus Iuriſconſultus, & Iuſtinianus Imp. illegitimum pronunciant. §

a) *dict. leg inteſtato. 3. §. poſt decem. 11. ff. de ſuis, & legitim. hæred. facit l. Gallus. in princip. ff. de liber. & poſthum. Novell. 59. capite ſecundo*, ubi vide Cujacium & eundem Cujac. *ad dict. titul. 9. & Tractat. de præſcript. cap. XIX. vide quoque* Erneſt. Cothman. *diſput. 2. ad Inſtit. Coronid. 2.* Speckhan. *dict. quæſt. 77. cent. 1.*

Injuſti ſive illegitimi liberi, vel naturales dicuntur liberi, vel ſpurii. 9

Naturales liberi ſunt, qui ex concubinis naſcuntur. (a) Vulgò dicuntur baſtardi, à germanico Bęſtart/id eſt degeneris ingenii. (b) 10

a) *Tot. tit. Cod. de naturalibus liberis, ubi* Cujacius *in paratit.* Cravett. *conſil. 368.* (b) Cujac. *in Novell 18.* ubi oſtendit ex Lactantio eos obliquum appellari genus. Vocantur quoque Nothi. Vide tract. Paleot. *de noth. & Spur.* & Dn. D. Beſold. *in pereleganti theſaur. Pract. lit. B. Verb.* Baſtart. *num. 14*

Horum patri non quidem denegatur patris nomen, ſed jus, & nomen, id eſt, nomen juſti patris (a) Cum filio naturali non ſuccedat. (b) 11

a) *l. legem. 7. C. dict. t.* (b) *l. communium. 8. in princ. verſ. quod & in his, C. eod. tit. de natur. liber.* & viceverſa. Honded. *vol. 1, conſil. 68.* adde Maſtrill. *deciſ. 152.*

Digitized by Google

12 Est quidem concubinatus jure Pandectarum legitima conjunctio quædam, & semi matrimonium. (a) Proindeque per concubinatum cœlebs non committit stuprum. (b) Et ut secunda uxor patris, ita etiam concubina patris filio, quasi noverca est, ut eam uxorem ducere non possit. (c) Quemadmodùm etiam uxori superducere uxorem non licet, (d) Ita nec concubinam superduci bonis moribus convenit. (e) Verùm novis constitutionibus, (f) quibus veluti quædam legitima [illegible] temperantia, concubinatus magis est permissus, quàm probatus,

a) *l. si qua. 5. Cod. ad Senatusconsultum Orfician* Dico autem QUADAM. Non enim talis est legitima conjunctio, ut matrimonium. Concubina enim non est justa uxor. Ex concubinatu nati liberi non sunt justi, nec in potestate Patris. Denique in concubinatu est vitium aliquod, & liberi ex eo suscepti degeneres sunt. *l. ult Cod. de natur. liber.* (b) *l. in concubinatu 3 ff. de concubin. & l. stuprum. 34. in princ. ff. ad Legem Iuliam de adulter.* (c) *l. liberi. 4 Cod. de nupt. dict leg. 2. Cod. de incest. & inutilib. nupt.* (e) *l. e[illegible] parte. 121. §. 1. ff. de Verborum Obligat. & l. si quis sine 3. Cod. comm[illegible] de manumiss.* (f) *Sub tit. Cod. de naturalibus liber.* Cujacius *in paratit. Cod. Titulo de concubin.*

13 Qui autem ex stupro nascuntur, vel ex contubernio, vel ex illicito matrimonio, neque legitimi, neque naturales sunt. (a) Sed spurii appellantur. (b)

a) *l. 1. Cod. de naturalibus liber. & Novell. 89. cap. ult.* (b) *§. si adversus ea, 12. Instit. de nupt. & l vulgò concepti. 23 ff. de statu homin.* De quibus, vide Heig. *lib. 1. quæst. jur. 21.*

14 Status capitis est; libertas, civitas, & familia. Hæc tria enim jura nostra caput appellant, (a) caput, inquam, civile, cujusmodi caput servimon habent (b) Sed ipsorum caput servile dicitur caput (c)

a) *l. ult. ff. de cap minut. junct. ea rubr.* (b) *§ servus autem manumissus. 4. Instit. de cap diminut.* (c) *l. liberos. 3 in fin. ff. d. cap. minut.*

15 Qui hæc tria vel horum unum amittit, capite minui dicitur, & capitis deminutionem pati.

l. 1 l. 2 & tot. tit. ff. de capit. minut.

16 Vt civile hominis caput tribus continetur rebus, libertate, civitate, & familia: Ita etiam capitis deminutio triplex est; Maxima, media & minima.

l. ult ff. dict. tit. absolutè Althus. *in Dicæolog. lib. 2. cap 9. num. 1. & mult. seqq.*

17 Maxima capitis diminutio est, cùm quis simùl & libertatem & civitatem amittit, (a) & sic consequenter familiam, (b) hoc est, jus Agna-

Digitized by Google

Agnationis. (c) Item præter agnationem, amittit quoque cognationis jus. (d)

a) §. 1. *Inſtit. de capitis deminutione,* (b) *l. ult. ff de capite minutis.* (c) *l. Pronunciatio, 195. § familiæ. verſ. communi jure, & l. familiæ appellatione, 196 ff. de Verborum Significat.* (d) §. *ult. Inſtit. de legit. agnator. tutel. & §. Quod autem dictum eſt, Inſtit. de capitis deminut.* ubi dicitur, quod in ſervitutem adductus in tantum amittat cognationis jus, ut ne quidem manumiſſus illud recipiat: Quod intellige, verùm quoad tutelam & ſucceſſionem hæreditariam, argumento ejuſdem loci. *l. ii, qui. 7. ff unde cognati:* Nam, quod ad impediendum matrimonium, recipit cognationem manumiſſus, *l. Libertinus. 8 ff. de ritu nupt. §. Illud certum eſt, 10. Inſtit. de nuptiis.*

Amittit verò & libertatem & civitatem, hoc eſt, civis Romanus 17
eſſe deſinit, & fit ſervus qui atrocitate ſententiæ ſervus pœnæ efficitur. Item libertus, qui ob ingratitudinem erga patronum condemnatur: Et qui ſe ad pretium participandum venundari patitur.

§. 1. *Inſtit. de capit. deminut.*

Ex Iuſtiniani tamen Novella 22. cap. 8. nemo ab initio benè natus, 18
hoc eſt, ingenuus ex ſupplicio ſervus efficitur, excepto ingenuo, qui natus eſt ex liberto. Non ſolùm enim liberti, ſed & filii libertorum ex cauſa ingratitudinis, ut ſi contra obſequia patronis debita, vel minimum deliquerunt, redigi in ſervitutem poſſunt. (a) inſtituta ſcilicet actione extraordinaria. (b)

a) *Tot. tit. Cod. de libert. & eorum liber. & Novell. 22. c. 9.* (b) *l. 1. ibi, cùm ad id judicium extra ordinem prabeatur, Cod. de libertis & eorum liber.*

Media, quæ & minor dicitur capitis deminutio eſt, quâ civitas, & 19
in conſequentiam etiam familia, non libertas amittitur: quòd accidit illi, qui in inſulam deportatus eſt.

§. *Minor. 2. Inſtit. de capit. deminut.* Vbi licet Iuſtinianus diſtinguat deportatum ab eo, cui aqua & igne interdictum eſt, ut & Vlpianus Iuriſconſultus, *in l. 1 §. Hi quibus ff. de legat. 3.* Sicuti alibi ipſa deportatio diſſeparetur ab aquæ & ignis interdictione. §. *Capitalia dicimus, 2. Inſtit. de public. judic.* tamen Iuſtiniani quoque tempore non amplius in uſu fuit pœna interdictionis aquæ & ignis, ſed in ejus locum deportatio ſucceſſit. *l. 2 ff. de pœnis,* ex Auguſti ſcilicet lege, Cujac. *libr. 7. obſerv. c 39.* Quia verò hæc in illius locum ſucceſſit, idcircò juris Autores, ut veſtigia antiqui illius juris extarent, quandoque utramque pœnam ſimùl, & quidem ſeparatim ponunt, *dict. leg. 1. §. Hi quibus, ff de legat. 3. d. §. Minor. Inſtit. de capit. deminut. & d. §. Capitalia. 1. Inſtit. de public. judic.*

Digitized by Google

quandoque verè interdictionis aquæ & ignis meminerunt, & per eam deportationis pœnam ſignificárunt, *ut in l. Gallus 29 §. Et quid ſi tantum, ff. de liber. & poſthum. l. amiſtione. 5. ff. de capit. deminut. l. edicto 13. ff. de bonor. poſſeſſ. l. liber homo. 59. §. ſi hæres. ff. de hæred Inſtit. l. 2. ff. de publ. judic. l. Peculatus 3. ff. ad L. Iul. de vi publ. l. fin. ff de legat. l. 4. §. ult. ff. de gradib.* Erat autem aquæ & ignis interdictio pœnæ genus, quo omnis aquæ & ignis uſus damnatis adimebatur. Et erat ipſis aqua & igni interdictis libera vagandi facultas. Cujac. *dict. obſerv. lib. 7. cap. 39.* Deportatio verò eſt pœna, quá damnati nave in Inſulam quandam deportantur, & ipſa Inſula concluduntur: Inſula, inquam, quæ à continenti diſtet quadringentis millibus, exceptis paucis Inſulis, in quibus intervalli hujus rationem obſervari Auguſtus noluit, Cujac. *dict. obſerv. lib 7. cap. 39.* Ideò autem tanta deſiderabatur diſtantia, ut præcideretur occaſio fugiendi, quæ minor eſt in Inſulis remotioribus, quàm propioribus. Sed Iuſtiniano ſubjicienti deportationem minori capitis deminutioni, refragari maximè videtur Calliſtratus Iuriſconſultus, *in l. pen. §. ult. ff. de variis & extraord. cogni.* Vbi ſcribit, quòd deportatis etiam libertas adimatur, & magna capitis minutio ſit deportatio, per magnam capitis minutionem intelligens capitis minutionem maximam. Sicuti etiam alibi per magnam capitis minutionem ſignificatur & maxima & media capitis minutio, *l. 1. in fin ff de uſufruct. legat. l. 1. §. Capitis minutio. verſ. niſi magna, ff ad Senatuſconſultum Tertull. l. 1. §. ſi filius verſ. Filius autem. ff. de ſuis & legitim.* Calliſtrato ſubſcribit Paulus, *in l. ſiquis ſic ſtipuletur. 56. ff. ſolut. matr.* ubi reſpondet, quod etiam deportatione matrimonium ſolvatur: Cum tamen media capitis diminutione, veluti deportatione, ſecundùm aliorum juris conditorum ſententiam non ſolvatur matrimonium. *l. 1. C de repud. d. l. res uxoris. 24 verſ. Sin autem, C. de donat. inter vir. & uxor l ſed ſi mores 13 §. 1. verſ. Cùm igitur, ff. d. t. l. ſed ſi. 5. §. 1. ff. de bonis damnator. & Novell. 22. cap. 13.* Verùm enimverò Calliſtratus & Paulus Iuriſconſulti intelligendi ſunt de libertate civili, non de naturali libertate, de quá Iuſtinianus loquitur, *in d. §. minor. & præcedenti, §. tit. de capit. deminut.* Duplex eſt libertas, naturalis, & civilis: Naturalis libertas eſt, quæ jure naturali omnibus competit. *§. 1. Inſtit. de jur. perſonar. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur. l. un. Cod. de Senatuſconſulto Claudiano*, Civilis libertas eſt, quæ jure Quiritium propria eſt civium Romanorum, undè Romana dicitur libertas, *in l. un. §. ſimiliq; modo. C. de latin. libert. toll.* & legitima libertas. *in l. un §. 1 Cod. de communi ſervo manumiſſ.* Hanc libertatis diſtinctionem agnovit etiam Seneca, *lib. 3. natural. quæſt. his verbis*: Quid eſt præcipuum? Inprimis liberum animum habere, hæc res efficit, non jure Quiritium, ut ſit liber, ſed ex jure naturæ, Qui utraque fruitur liber-

libertate, naturali & civili, pleniſſimam habere libertatem dicitur, *d. l. un. §. ſin autem. Cod. d. t.* item juſtam libertatem, *§. Libertinorum. 3. Inſtit. de libertin.* Et reſpectu hujus juſtæ & pleniſſimæ libertatis, naturalis tantùm libertas nuda dicitur libertas, *in l. un. C. de muliet. quæ ſe propr. ſerv. junxer.* Item libertas imperfecta, *in l. un. in princ. Cod. de latin. libertat. tollend.* Qui ergò deſiit eſſe civis Romanus, retinere hanc civilem libertatem non poteſt. *Cic. in Orat. pro Cæcina.* Nihil, inquit, rationis adfert, quamobrem, ſi libertas adimi nullo modo poſſit : Nam & eodem modo de utraque re traditum nobis eſt, etſi ſemel civitas adimi poteſt, retinere libertas non poteſt : Quî enim poteſt jure Quiritium liber eſſe is, qui in numero Quiritium non eſt ? *Hæc Cicero.* Quocircà civitatem, qui amittit, hoc eſt, qui deſinit eſſe Civis Romanus, libertatem quoque civilem perdit. Deportatione ergo libertas quoque amittitur : Libertas, inquam, civilis. Et hac ratione deportatio eſt maxima capitis deminutio. Reſpectu verò naturalis libertatis deportatio eſt minor, ſive media capitis deminutio. Atque ita cum Calliſtrato & Paulo Iuriſconſultiſſ. Imp. Iuſtinianus conciliari poteſt, ac debet, uti quoque ſentiunt Duaren. *lib. 1. diſp. cap. 9.* Anton. Govean. *lib. 2. lectionum, cap. 11.* & Iacob. Cujac. *in notis ad d. §. minor, tit. de capit. deminut. Item lib. 3. obſerv. cap. 10. & in Novell. 22. mihi fol. 156.* Alii tamen aliter reſpondent, ut Iohan. Robert. *lib. 3. ſentent. jur. cap. 9.* & Iacob. Rævardus, *lib. 3. varior. cap. 5.* Item Zoanettus, *cap. 17. reſtitut. ad Pandect.* Nicol. de Paſſerib. *in conciliat. legum. pag. m. 858.* & Paul. Buſius, *in ſubtilit. lib. 6. cap. 2.*

Minima capitis deminutio eſt, cùm civitas retinetur, & libertas, 20
ſed ſtatus tantùm hominis commutatur. *(a)* Status, inquam, hoc eſt, familia. *(b)*

a] *§. Minima. 3. Inſtit. de capitis deminutione,* [b] *l. ultim. ff de capite minut.* Interdùm tamen ſalvo ſtatu hæc capitis minutio contingere dicitur, *l. 1. §. capitis minutio. ff. ad Senatuſconſultum Tertyll.* Sed ibi ſtatus accipitur pro civitate & libertate : Sicuti quandoque generaliter ſumitur pro civitate, libertate, & familia, ut in definitione capitis deminutionis, propoſita, *in princ. titul. Inſtit. de capit. deminut. & in l. ult. ff. de capite minut.*

Minimam autem capitis minutionem pati dicitur, qui per arroga- 21
tionem ſui juris eſſe deſinit, & juri alieno ſubjicitur.

d. §. minima. 3. Inſtit. de capitis deminut. & l. Liberos, qui 3. in princ. ff de capit. minut. Quibus locis eandem capitis deminutionem pati dicitur filiusfamil. qui à patre emancipatur, *ut & in l. 3. §. ult. ff. ad Senatuſconſultum Maced.* Sed quia ideò minui capite dicitur, qui emancipatur, quod in imaginariam ſervilem cauſam deducitur, *dict. l. 3. §. 1. ff. de capi-*

te minutis, Cujac. *in Novell. 81.* Hodiè autem imaginaria illa ſervilis cauſa, in liberis patria poteſtate liberandis, cùm à Iuſtiniano ſublata ſit, §. *Præterea 9 Inſtit quib mod patr. poteſt ſo vitur, & l. ult. Cod. de emancipat. liberor. & l. ult. Cod. de nupt.* ipſa emancipatio capitis deminutio eſſe non videtur, Cujac. *in notis ad* Vlpian. *tit Inſtit. 10.* & Donell *lib. 6. Comment. jur. civil. cap. 16. mihi pag. 43.* atque ita correctum eſſe voluit, quod de filio emancipato traditur *in d. § minima, 3. Inſtit. de capit. deminut. dict. leg. 3. § 1. ff. de capit. minut. & dict. leg 3. §. ultim. ff. ad Senatuſconſultum Maced.* Vix tamen rectè id dicitur propter *d § Minima, 3. Inſtit de capit. deminut.* Vbi emancipatio dicitur minima capitis deminutio licet imaginaria illa venditio ſervilis ſublata fuerit prius *in §. Præterea, Inſtit. quibus modis jus patr. poteſt. ſolu.* Quoniam verò emancipatione olim in familia emancipatoris deſinebant eſſe liberi emancipati, agnationis jus perdebant, non ité jus cognationis, *§ ultim Inſtit de legit. agnator. tutel. & l. Iura ſanguinis, ff. de Regul. Iur.* Sed nodie ex Iuſtiniani conſtitutionibus liberis in poteſtate retentis exæquatur emancipatus. Cujac. *in notis ad* Vlpian. *tit. 10.*

Clas. I. Disputat. VII.

De patria poteſtate.

Thesis I.

1 Reliquum eſt, ut de illo perſonarum ſtatu diſpiciamus, qui jure poteſtatis continetur; ut quo quis alterius poteſtati ſubjectus, vel ſuæ poteſtatis eſt.

§. 1. Inſtit. de his, qui ſui vel alieni juris ſunt, & l. 1. ff. eod. tit.

2 Poteſtas, cui quis ſubjectus eſt, vel vera eſt poteſtas, vel quaſi poteſtas.

3 Hæc poteſtatis diſtributio petitur ex eo, quod dominorum & parentum poteſtas abſolutè & ſimpliciter poteſtas dicitur *ſub Tit. Inſtit. de his, qui ſui vel alieni juris ſunt, & tit ſeq. de patria poteſtate*: Tutela verò & cura negari poteſtas videntur *ſub tit. Inſtit. de tutelis §. 1.* quæ tamen ſimpliciter poteſtatis nomine veniunt, ut arguit definitio tutelæ *in l. 1. in princ.*

Digitized by Google

princ. ff. de tutel. & §. 2. Inſtit. eodem tit. & in l. 1. in fin. prin. ibi, in poteſtate curatorum, ff. de curatorib. furioſi

Vera poteſtas eſt, quæ pertinet potiſſimum ad utilitatem ejus, cui competit, non illius, in quem jure quæſita eſt. [a] Cujus ſpecies duæ ſunt. Dominica poteſtas, & patria poteſtas. [b] 3

a] Donell. *lib. 3 comment. jur. civil. cap. 1. circa fin.* [b] *l. 1. §. 1. & l. 3. ff. de his, qui ſui vel alieni juris ſunt, & §. ac prius, & §. ſeq. Inſtit. eodem titulo & titul. ſeq.*

Dominica poteſtas eſt, quæ dominis in ſervos competit, tanta ſcilicet, ut non ſolum perſonam, & ejus alienandæ jus, ſed etiam bona, quæ adquiſierint, habeant. 4

d. l. 1. §. igitur, verſ. & quodcunque, ff. de his, qui ſui, vel alien. jur. ſunt. & §. in poteſtate. 1. Inſtit. eod tit. & tit Inſtit. Per quas perſon. cuique adquiritur, in princ. & §. Item vobis adquiritur 3. dict tit.

Olim quidem dominis in ſervos vitæ, necisque poteſtas erat: Hodie verò non licet ipſis ſine cauſa legibus cognita in ſervos ſuos ſupra modum ſævire. 5

§. in poteſtate, 1. Inſtit. de his, qui ſui, vel alieni jur. ſunt. Dn. D. Beſold. *de trib. domeſtic. ſocier. ſpecieb. diſcurſ. 1. c. 3. n 4.*

Quin etiam ſi domini in ſervos ſuos nimia utantur aſperitate, & ſævitia, coguntur eos bonis conditionibus vendere. Expedit enim Reipub. ne quis re ſua malè utatur. 6

§. Sed hoc tempore. 2. verſic ſed & major aſperitas Inſtit. d. t.

Patria poteſtas eſt, quæ patri in liberos ſuos legitimos competit, ſive primi ſint, ſive ulterioris gradus. [a] In liberos quippe non legitimos non competit patria poteſtas. [b] 7

a] *Inſtit. de patria poteſtat. in prin. & §. ult.* Berlich *tom. 2. pract. concluſ. 11.* [b] *§ ſi adverſus ea 12. Inſtit. de nupt.* Vnde hanc poteſtatem non perfectè definiunt, qui hanc proponunt definitionem; Patria poteſtas eſt jus, quod pater habet in liberos. Ita definiunt, quos refert & ſequitur *Dominus Collega Ioan. Harpprecht. ad tit. Inſtit. de patria poteſt. in princip. num 2.* Quin etiam loco generis haud commodè ponitur *Ius*, cum ſynonyma ſint *poteſtas & jus*, in hac ſcilicet juris ſignificatione. vide Enenckel. *de privil. parent. & liber. privileg. 1. cap. 1. 2 & ſeq.*

Eadem poteſtas dicitur quoque nexus paternus, [a] Item vinculum patriæ poteſtatis; [b] Et ſimpliciter vinculum poteſtatis. [c] Vt & familiæ vinculum. [d] 8

a] *l cum oportet. 6 §. cum autem 3. C. de bonis quæ liber.* [b] *l patrum dotale. 4. C. de pactis convent.* [c] *l ſive emancipatis 17. C. de donat.* [d] *l. cum bonis. 87. ff. de adquirend vel amittend. hered.*

Hæc

9 Hæc autem potestas juris est civilis, utpote propria civium Romanorum. [a] Et quidem inventa est moribus populi Romani, sive jure non scripto. [b] Ac demum confirmata lege 12. tabb. [c]

a] §. *Ius autem, 2 Instit. de patria potestat.* Ascan. Clementin. *de patr. potest. cap. 3. num 1.* adde Dn. D. Besold. *lib 1. politicor. cap. 10. §. 5. n 37. & in Oiconom. tit. 5. & 6. lib. 1. ff. quæst. 13. & lib. 1. delibat. ff. quæst. 18.* Arumæ. *exercit. 2. th. 1.* [b] *l. Patre 8 ibi. nam cum jus potestatis moribus sit receptum. ff. de his qui sui vel alieni juris sunt*, [c] *ut patet ex* Dionys. Halicarnass. *lib. 2.* vide Arium Pinel. *ad Rubr. de bonis mater. part. 2. num. 9. & 10.* Frustra dissentit Bachov. *tract. d. action. disp. 2. pareg 3. f 62.*

10 Ideò autem competit hæc potestas etiam in liberos ulterioris gradus; [ut sunt nepotes, & neptes; Pronepotes, & Proneptes, & cæteri deinceps;] quod cum filius in potestate sit, ipse suos liberos in potestate habere non possit. Qui enim suæ potestatis non est, alium in potestate sua habere nequit.

l. sic eveniet. 21 ff. ad leg. Iul. de adulter.

11 Sed quod de nepotibus pronepotibus, & cæteris liberis dicitur, eos esse in potestate avi, proavi, cæterorumque majorum, Id de paterno avo, proavo & cæteris majoribus exauditi debet, non etiam de materno avo, proavo, &c. *(a)* liberi enim non matris, sed patris familiam sequuntur, *(b)* & mater suæ familiæ caput & finis est. *(c)* Vnde nec in potestate sua liberos habet: *(d)* ut hinc potestas hæc rectè dicatur patria, non etiam materna potestas.

a) *Tit. Instit. de patria potest. in fin.* (b) *l. familiæ appellatione. 96. §. 1. ff de Verbor. Signific.* (c) *l. Pronunciatio 195 §. fin. ff. dict tit.* (d) *§. Fœmina 10 Instit. de adopt. & §. Cæteri. 3. vers. Quia fœminæ, Instit. de hered. qualitat. & different. l. nulla 13. ff de suis & legit.*

12 Cur autem jura hanc potestatem matri in liberos denegarint hanc fingunt nonnulli causam, quod fœminæ sub maritorum ipsæmet olim essent potestate, & propter sexus sui infirmitatem, & rerum forensium ignorantiam in perpetua antiquitus tutela fuerint. *(a)* Verum neutram illam hujus rei causam esse, vel ex eo evincitur, quod licet utrumque illud jus tempore quoque Iustiniani Imp. antiquatum fuerat, nihilominus tamen in matrum potestate liberos esse nova quoque jura negaverint. Non omnis quoque uxor sub potestate mariti erat olim, sed ea tantùm quæ per conventionem in manus mariti venerat: cujusmodi conventionem, apud veteres rarò factam fuisse autumat Hotoman. *(b)* Idque ex eo quoque apparet, quod patria potestas matrimonio non solvebatur. *(c)*

a] Vlpian. *in Institut. tit. 11.* [b] *lib. singulari de observ. ad veterum nuptiar.*

nuptiar. rerum pertinentib. cap. 2. Pruckman. *d. differenc. utriuſq; ſex. part. 1. membr. 3. art. 13.* [c] *uti arguit, l. 1. Cod. de bonis, quæ liber. l dos à patre. 4. Cod. ſolut. matrim. l. 1. & l. 2. ff. de liber. exhibend.*

Eſt & illud hîc notandum, quod liberi, qui ſunt in poteſtate patris 15
in jure noſtro etiam in ſacris parentum conſtituti dicuntur. [a] Et dicuntur poſiti in ſacris: [b] Et eſſe in ſacris: [c] tùm etiam retineri in ſacris dicuntur: [d] & manere in ſacris. [e]

a] *l. ult. Cod. de inoffic. teſtam. l. ult. Cod. de curat. furioſi. l ult. Cod. ad Senatuſconſultum Tertull.* [b] *l. in conjunctione. 20. Cod de nupt.* [c] *l. 2. Cod. de bonis, quæ liberis.* [d] *l. 3. Cod. de bonis maternis.* [e] *l. Filia. 12. Cod. de collat. l. pen. Cod. de adopt.* Sortiuntur liberi patriæ poteſtati ſubjecti has appellationes, quod priſcis Romanis erant non tantùm publica ſacra, ſed & ſacra privata ſive domeſtica, *l. ſacrilegi. 10. §. 1. ff. ad l Iul. peculat.* Id quod etiam colligitur *ex cap. 17. Iudic. & leg. 12. tabb. his verbis:* Sacra privata perpetua manento. Quæ privata ſacra cum parentibus ipſis liberis communia erant, & neceſſario eſſe jubebantur, *Cic. 2. de legib.* ubi parer, *ait.* filiuſque eadem ſacra colunto: omneſque ad quos patriſſamiliàs pecunia, id eſt, hæreditas pervenerit ejus ſacraritè, perfecteque peragunto. Vndè illud Conan. *in libr. 2. comment. jur. civil. cap. 13. in fin.* & Forcatuli *in ſua Nyceomant. Dialog. 15. num. 1.* erroneum videtur, quo exiſtimant, ideò liberos dici in ſacris eſſe paternis, quod ipſis perſona patris ſancta eſſe debeat, atque indè liberi in poteſtate patris conſtituti, in ſacris parentum conſtituti, & eſſe dicebantur, Duaren. *ad tit. ff. ſolut. matrimonio tract. ſecundo de nuptiis.*

Adhæc liberi, parentum poteſtati ſubjecti, appellantur quoque 14
filiifamiliàs item filiæfamiliàs, ſi fœminæ ſint; ſicuti illi, qui ſuæ poteſtatis ſunt, dicuntur patresfamiliàs & matresfamiliàs, ſive puberes ſint, ſive impuberes, [a] ſive liberos habeant, ſive non habeant liberos. [b]

a] *l. nam Civium Romanorum 4. ff de his, qui ſui vel alieni juris ſunt,* [b] *l. Pronunciatio. 195. §. Familiæ. verſ. rectèq; hoc nomine, ff de verb. ſignif.*

Denique Liberi, qui in parentum ſunt poteſtate, alieno juri ſubje- 15
cti dicuntur, qui verò in patria poteſtate poſiti non ſunt, ſui juris eſſe dicuntur.

§. 1. Inſtit. de his, qui ſui vel alien. jur. ſunt & l. 1. in princ. ff. de his, qui ſui vel alieni jur. ſunt.

Conſiſtit autem patria poteſtas inprimis in eo, quod ipſi liberi abſ- 16
que conſenſu patris ſui juſtas nuptias contrahere nequeunt: [a] Item, quod mutuam pecuniam accipiendò non obligantur. [b] Et quod patri ſuo non ſibi, quarundam rerum dominia, poſſeſſionem & obligationem adquirunt. [c] Quod item pater liberis ſuis, quos in patria pote-

Digitized by Google

state habet, testamento tutores dare potest. [d] Quod item iisdem impuberibus pupillariter substituendi jus habet. [e] Quod denique patri cum filio, quem in potestate habet, lis nulla esse potest, nisi ex castrensi peculio. [f]

a] *Instit. tit. de nupt. in princ. vers. Dùm tamen. infr. hâc class. disp. 9. thes. 8. & seqq.* [b] *§. illud proprie. 7. Instit. Quod cum eo, qui in aliena potestate. infr. class 2. disp 7. th. 15. & seq* [c] *Per quas personas cuiq; oblig. adquir. infr. part. 2. class 3. disp. 2. th. 32.* [d] *§ permissum 3. Instit. de tutel.* [e] *tit. Instit. de pupillar. substit. in princ. infr. hâc class. disp. 14. thes 6.* [f] *l. Lis nulla. 4. ff. de judic.* Hæc & id genus etiam alia, de quibus vide Arium Pinel. *ad Rubr. Cod. de bonis maternis, part. 2. num. 9. & seqq.* & Chassæn. *in consuetud. Burg. Rubric. 9. §. 6. in verb. Et à fa posteritate a naistre, num. 4. 6. & 7. & tit. Cod. de patrib. qui filios suos distraxerunt.* cum solis civibus Romanis in liberos suos competant, non etiam alii populo, idcircò Justinianus Imp. *in §. Jus autem, Instit. de patr. potestat.* nulli, inquit, alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus. *Vide quoq; hâc de re* Petrum Costal. *in l. 3 ff. de his, qui sui vel alieni jur. sunt.*

Cæterùm in patriâ potestate considerantur generaliter, tùm adqui-
17 sitio ipsius: tùm solutio ejusdem.

Adquiritur autem patria potestas, tùm procreatione liberorum ex
18 justo matrimonio, sive nuptiis, [a] & legitimatione, [b] tùm etiam adoptione, [c] & prolis emancipatæ ingratitudine, [d] de quibus singulis infra.

a] *Per text. in princ. d. §. si adversus ea, 12 tit. Instit. de nupt. & l. item in potestate. 3 ff de his, qui sui vel alieni jur. sunt.* [b] *§. ult. Instit. de nupt.* [c] *tit. Instit. de adopt in princ.* [d] *l. un. Cod. de ingrat. libet.*

Clas. I. Disputat. VIII.

De Sponsalibus.

Thesis I.

1 Conjugium est maris & fœminæ conjunctio; cujus species duæ sunt: Sponsalia & matrimonium.

Conju-

Digitized by Google

Conjugii appellatio continet ſponſalia & matrimonium. *Can. ſtatutum eſt, §. apparet. 27. quæſt. 2. l. Cum hic ſtatus. 22. §. ſi quis ſponſam. ff. de donat. inter vir. & uxor. & tit de ſponſalib. junct. tit. ff. de ritu nupt.* Ius quoque divinum hos duos gradus conjugii probat. *Deut. cap. 20. & cap. 1. ut illud Terentianum*: placuit, deſpondi nuptiis dictus eſt dies. Cujac. *quoq. ad Rubr. extr. de ſponſalib. & matrim.* rejicit opinionem illorum, qui Pontifices his vocabulis promiſcuè, & indifferenter uti arbitrantur. Horum autem graduum cauſas tres adfert Beza, *in Tractat. de repud. & divort. pag. 3 & 4.*

1 Sponſalia ſunt conjugium, de futuris nuptiis initum: à ſponden-do ita dicta.

l. 1. ff. de ſponſalib. c. Noſtrates. 30. quæſt. 5. & dict. cap. Statutum. §. apparet. 27. quæſt. 2.

2 In ſponſalibus ſpectamus tùm perſonarum ætatem ſponſalibus aptam: tùm modum contrahendi ſponſalia: tùm denique modos diſſolvendi ea.

3 Iuſta ætas & ſponſalibus aptâ jure quidem certo definita non eſt: verùm non minores debent eſſe perſonæ ſponſalia contrahentes annis ſeptem.

l. in ſponſalibus. 14. ff. de ſponſalib cap. 1. 30. quæſt. 2. Speckhan. *claſſ. 1. cent. 3. quæſt. 65.* Nec puto puerum, qui propter nimiam ingenii maturitatem ante ætatis ſeptennium eodem utitur intellectu, quo communiter, ii, qui ſeptem ſuperárunt ætatis Annos, utuntur, ſponſalia rectè contrahere. Fachin. *lib. 3. controverſ. cap. 26.* Gentil. *libr. 5. de nupt. cap. 1.* Piſo *in tract. de ſponſal. part. 1. cap. cap. qui poſſint contrahere ſponſal. num. 1.* Cævall. *quæſt. 746. in ſpeculo commun. opin.*

4 Nihil ergò agunt parentes, qui pueris dant puellas in cunabulis, vel his illos: niſi ipſi pueri puellæque poſtquàm venerint ad annos diſcretionis, conſentiant.

Cap. 1. 30. quæſt. 2. c. literas, 4. ubi Cujac. *c. Acceſſit, 5. & c. ad diſſolvendum, extr. de deſponſat. impuber. c. Ex parte extr. de reſtitut. ſpoliator.* Hillig. *in Donell. enucleat lib. 7. cap. 9. lit. D. & lib 13 cap. 18. lit. K.* Arniſæ. *d. jur Connubior. cap. 2 ſect. 2. fol. 13.* Hunn. *in reſolut. ad* Treutl. *volum. 2. diſput. 6. theſ. 4.*

5 Si tamen malitia puellæ ætatem ſuppleat, (a) ipſaque puella proxima fuerit legitimæ ætati, id eſt, ſeptennio; rectè cum ea contrahi ſponſalia exiſtimatur. (b)

a) *Vt loquitur l. ſi alterum 3. C. ſi minor. major ſe dixerit.* (b) *argum. c. de illis. 9. extr. de deſponſat. impuber.* Cujac. *in cap. 3. extr. de ſponſalib. ubi etiam allegat in hanc ſententiam g/oſſ.* Bernhardi.

7 Quid ſi pater filio impuberi ſcienti ſponſalia contraxerit, nunquid filius poſtea adultus renuere poteſt? Non poteſt,

Vid. diſput. ſequent. theſ. 5 per text. in c. 1. extr. de deſponſat. impuber. Sed obſtat. c. un. tit. eod in 6. Sed gl. in d. c. 1. verbum DEBET interpretatur de debito honeſtatis non neceſſitatis. Sed rectius dicitur diſtinguendum eſſe inter filium, qui intra ſeptennium non contradixit, & eum, qui non contradixit uſque ad adultam ætatem. Vel cap. illud rationi adverſatur. Et Melanchton Sponſalia nominat ſponſalia de futuro, ubi filio adulto diſſentiendi facultas tribuitur. Cypræus *de ſponſal. cap. 9. numer. 4.*

8 Quod attinet modum contrahendi ſponſalia, Innocentius III. oſtendit, *(a)* Sponſalia contrahi vel per verba de præſenti, vel per verba de futuro: puta ego te accipiam in conjugem meam: & ego te accipiam in meum maritum, verum licet diſcrimen illud verborum nequaquam inane ſit, *(b)* ſponſalia tamen contracta per verba de præſenti, veluti; Ego te in meam accipio, & ego te accipio in meum, nihil aliud ſunt, quàm nuptiæ, ſive matrimonium etiam ipſo jure Canonico. *(c)*

a) *c. Sicut. extr. de ſponſalib.* (b) Beza *in Tractat. de divort. pag. 7.* (c) *c. Tuæ fraternitati, c. penult. & ult. extr. de ſponſalib.* Beza *dicta loco.* Ioachim. à Beuſt. *in Tractat. de jure connubiorum. part. 1. de ſponſalib. cap. ſponſalia de præſenti, & futuro, pag. 5.* Facit quod ſponſalia non modò jure civili, ſed & Canonico ſunt tantum promiſſio futurarum nuptiarum, *l. 1. ff. de ſponſalib. & c. Noſtrates. 30. quæſt. 5.* Perperam itaque ſponſalia hoc modò dividuntur Turpis eſt enim pars, quæ ſuo non congruit univerſo. *cap. ult. extr. de ſponſa duar. In dubio tamen ſponſalia de præſenti potius quæ de futuro præſumuntur, arg. c. licet. 47. ext. de teſtib.* Vid. Fachin. *lib. 5. controv. cap. 41.* Cypræus *de ſponſal. cap. 4. §. 8. n. 3.* Kizel. *in Synopſ. matrimon. c. 5. theor. 2. lit. d & th. 4. lit. M.*

9 Eſt & hic modus quidam contrahendi ſponſalia, cum ea contrahuntur vel purè, *(a)* vel in diem, *(b)* vel ſub conditione. *(c)*

a) *Cap. 2. in pr. de ſponſal.* (b) *c. ſicut. ibi certum terminum. extr. eod.* (c) *tot. tit. extr. d. condition. appoſit.* Cypræus *de ſponſal. cap. 8. §. 1. & 15* Thadæ. Piſo *de ſponſal. part. 1. cap. quib. mod. ſponſal. contrah.* Kizel. *in Synopſ. matrimon. cap. 4. theor. 10. lit. D. E. & F.*

10 Conditio autem, quæ ſponſalibus adponitur, vel neceſſaria eſt, id eſt, certò extitura, vel eſt honeſta, vel turpis, vel impoſſibilis. *(a)* Neceſſaria, veluti, ſi cras ſol oriatur, ducam te uxorem, qualis conditio ſtatim pro completa habetur. *(b)*

a) Vide Bezam. *Tract. de repud. & divor. pag. 9.* (b) *per §. conditiones quæ ad præſens. 6. Inſtit. de verb. obligat. l. cum ad præſens 37. ff. de reb. creditis l. conditio. 109. ff. de verb. obligat.* Cöpen *lib. 1. obſerv. 27.* Ho-

Honeſta conditio eſt, veluti: ſi pater conſenſerit, ducam te uxo- 11
rem. (a) Item, ſi tantum mihi donaveris, accipiam te in uxorem. (b)

a) *c. ſuper eo, & c. ſeq. extr. de condit. adpoſit.* (b) *c. de illis. extr. dict. tit.*

Turpis conditio, ſi contra ſubſtantiam, id eſt, naturam matrimo- 12
nii fuerit; puta ducam, ſi generationem prolis evites: vel donec inveniam aliam honore, & facultatibus digniorem, vel, ſi pro queſtu adulterandum te tradas, ſponſalia carent effectu: ſi verò aliàs turpis fuerit, propter favorem conjugii pro non adjecta, habetur, (a) veluti, ſi homicidium, aut ſacrilegium, aut furtum commiſeris. (b)

a) *c. ult. ubi* Cujac. *extr. de condit. adpoſit.* (b) §. *Quod turpi ex cauſa. 23. Inſtit. de inutilib. ſtipulat.* Quid autem de hac ſentiendum conditione: Ducam te, ſi invenero virginem? Theologi eam rejiciunt, & pro matrimonio pronunciant. Philip. *in Examine Theologico cap. de condit.*

Impoſſibilis conditio, veluti ſi digito cœlum tetigeris, (a) du- 13
cam te uxorem, ſimiliter pro non adjecta habetur. (b)

a) §. *Si impoßibilis. 10. Inſtit. dict. tit.* (b) *dict. §. ultim. in fin extr. de condit. adpoſitis.* Dn. D. Beſold. *in tract. d. nupt. cap. 6. num 7.* Et de aliis conditionibus vide Covarruv. *lib. 4. decretal. tit. 1. d. ſponſal. part. 2. c. 3. §. 1. 2. & 3.* Beuſt. *in tract. d. jur. connub. p. 1. d. ſponſal. quæſt. 18.* Kyzel. *in tract. matrimon. cap. 4. theor. 10. 11. 12. & 13.*

Modi diſſolvendi ſponſalia ſunt, tum mors ſponſi, ſponſæve: tum 14
contraria eorundem voluntas. Mors ut omnia ſolvit, ita quoque ſponſalia dirimit.

Hoſtienſ. *tit. de ſponſalib.* Sebaſtian. Medices *Tractat. Mors omnia ſalvit, part. 2. concluſ. 104. num 295.* Cœpen. *libr 1. obſervat. 36. & quæſt. enuch. 4. decad. 1.* An deſponſati ſibi invicem ſuccedant. Vid. Dn. Beſold. *part. 4. jur. Würt. theſ 6. & ſeqq.* An ſponſa excludat Fiſcum ſi non extent conſanguinei. *vid. dict. diſput.* Dn. Beſoldi *theſ. ult.*

Quod attinet contrariam ſponſi & ſponſæ voluntatem, certè non 15
modò voluntate mutua. Sed & alterutrius diſſenſu ſponſalia ſolvuntur.

l. 1. C. de ſponſalibus, c. 2. ubi Cujac. *c. requiſivit, c. Gemma. extr. dict tit. l. 2. C. de repudiis l. 2. §. In ſponſa, ff. de divor. aſſentit, quo ad poſterius* Duaren. *ad tit. ſolut. matrim. cap. de ſponſalib. pag. 321.* Et Ludovic. Schora Lovanienſis, *num. 16. Conſilii ſui quod eſt tertium conſilium ſub tertio Tomo Conſilior. Variar. Academiar. & Iuriſconſultorum Germaniæ.* Sed juſtas requirit cauſas, Menoch. *de præſumpt. caſ. 455.*

Et licet juramento firmata ſint ſponſalia, utriuſque tamen conſenſu 16
diſſolvi poſſunt, (a) non etiam alterutrius voluntate, (b) niſi diſſentiens cum perſona alia, de præſenti, ut vocant, ſponſalia, id eſt, matrimonium contraxerit. (c)

a] *Cap. 2. ubi* Cujac. *extr. de sponsalib.* Excellent. Dn. Besold. *dec. 1. consil. 2.* (b) *t Ex litter, 10. ubi gl. c. Praterea, ibi, nisi juramentum intervenisset, c. Sicut ex literis, vers. Quod si forte extr. dict. tit.* [c] *dict. c. sicut ex literis, ubi* Cujac. *& c. ult. extr. d. t. l. miles. 11. §. quærebatur. ff. ad L. Iul. de adult.*

17 Non possunt etiam alterius voluntate dissolvi, si post ea cōpula carnalis intervenerit.

l. Commissum in fin. c Thanos duxit. c. is, qui fidem, c. pen. & ult extr. de sponsalib. c de illis. c. per tuas, extr. de condit. adposit. sed vide Mozz. *de contract. tit. de sponsalib. cap. de naturalib. sponsaliorum num. 4. & seq. pagin. 853. & tit. de matrim. num. 3. pag. 877.* Dn. D. Betold *disput. d. nupt. cap. 6. num. 11.* Kizel. *in Synops. matrimoniali cap. 5. theor. 5. per tot. & c. 10. theor. 19. lit. C.* Menoch. *lib. 3 præsumpt. 1. n. 6.*

18 Possunt quoque jurata sponsalia dirimi consensu unius, si justa causa intervenerit. [a] Veluti si sponsus matris thorum polluat, [b] vel capitales inimicitiæ & simultates inter spōsum & sponsam intercellerint, vel nomine desponsationis periculum belli sit metuendum, [c] aut post sponsalia sponsus vel sponsa lepræ morbum incurrat, [d] vel aufugiat, (e) vel diversam religionem colere ceperit, (f) vel sponsa stuprum etiam violentum passa sit. (g)

a) *c. Ex literis in fin. ibi, nisi rationabilis causa obstiterit, extr. de sponsalibus,* [b] *c. requisivit. extr. d. t.* [c] Sichard *in l. 1. numer. 12. & 13. C. dict. t. c. ultim. extr. de conjug. leprosor c. Quemadmodum, in fine principii, extr. de jurejurand.* [e] *c. de illis, extr. de sponsalib.* [f] *l. si legibus 16. C. de Episcopal. audient.* [g] *dict. c. Quemadmodum 24. ubi gl. & Canonistæ, extr. de jurejurand. c. raptor. 27. quæst. 2. ubi gloss. vide Novell. Leon. 93.* Ioachim. à Beust. *dict. Tractat. de jure connubior. part. 1. de sponsalib. cap. 10. in fin.* Mozz. *supr. d. Tractat. cap. Quomodo solvantur sponsalia, numer. 9.*

* * *

CLAS.

CLASS. I. DISPUTAT. IX.

DE MATRIMONIO.

THESIS I.

SEquitur altera conjugii ſpecies, matrimonium. Matrimonium eſt conjugium (a) quo mas pubes & fœmina viripotens, (b) in individuam vitæ conſuetudinem (c) ſe mutuo accipiunt. (d) 1

a) Conjugium dicitur *in Can. cauſa, 29. quæſt. 1. & can. ſtatutum, 27. in fin. quæſt. 1.* Appellatur matrimonium *in §. 1. Inſtit. de jure nat. gent. & civil. §. 1. Inſtit. de patria poteſt. & §. ſi adverſus ea, 12. Inſtit. de nupt.* Vocatur quoque nuptiæ. *d. §. 1. Inſtit. de patria poteſt. & d. §. Si adverſus ea, Inſtitut. de nupt.* Dicitur item conjunctio *in d. §. 1. Inſtit. de patria poteſt. l. 1. & l. ſemper 42 ff. de ritu nupt. & l ſemper. 197. ff. de reg. jur.* de hac materia conſule omnino Henningi Arniſæi *tract. Polit. de jure connubior.* & Dominum Beſold. *de nuptiis.* (b) Matrimonium eſt unius maris, & unius fœminæ. Polygamia enim jure prohibita eſt, *l. 2. Cod. de inceſt. nupt. l. 1. C. de his, qui notantur infam. l. Eum qui duas, Cod. ad leg. Iul. de Adulter. Carol V.* in der Peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung *Articul. 121.* Quod autem patres plures habuerunt uxores, *ut ex Geneſi. 4. 26. 28. 29. Et 2. Regum. cap. 3. & 20. & 2. Reg. cap. 11. & 2. Paralip. cap. 13. & 24.* appareat, Id ab Altiſſimo multiplicandæ poſteritatis cauſa in exordio mundi permiſſum fuit. Mas autem pubes eſſe debet, Fœmina Viripotens, id eſt ille compleviſſe debet 14. Hæc 12. ætatis Annum, *Inſtit. de nupt. in pr. l. 4. ff. de ritu nupt. l. Sancimus. 24. Cod. de nupt. & l. ult. Cod. quand tutor. vel curat. eſſe deſinunt.* (c) *d. §. 1. Inſtit. de patria poteſt. Modeſtinus Iuriſconſultus in d. l. 1. ff. de ritu nupt.* Vocat conſortium omnis vitæ, ut ſcilicet dum vivunt, ejuſdem fortunæ ſtatus proſperos & adverſos, communiter ferant, & vitæ ſocietatem inter ſe habeant, *l. ſi rerum 52. ff. de re judicat. l. 1. ff de actione rer. amotar.* vitæ inquam ſocietatem quæ quodammodo, ut ait *d. l. 1. ff. d. t.* etiam rerum communionem inducit, hoc eſt promiſcuum rerum uſum, *l. Quamvis 17 ibi promiſcuus uſus, C. de furtis, & l adverſus uxorem 4. C. de crimine expilat. hereditat.* Dn. D Beſold. *in tract. de trib. domeſtic. ſociet ſpecieb. cap. 1.* Quo pertinet etiam illud Ciceronis

Digitized by Google

ceronii lib. 1. de offic. Prima societas in ipso est conjugio: proxima in liberis. Deinde una domus, communia omnia. Propriè tamen quæ viri sunt, uxoris non sunt. Et quæ sunt uxoris, propriè viri non sunt, *l. 1. §. si vir & uxor, ff. de Senatusconsulto Silaniano*, Excepta dote, cujus dominium durante matrimonio viri est, non uxoris, ut infrà suo loco dicetur. Quod attinet ad verba definitionis à Modestino *in d. l. 1. ff. de ritu nupt.* traditæ, hæc, DIVINI IURIS, Illa cum Duareno interpretor ego de privatis sacris, quæ prisca Romani habebant domi, *l. sacrilegi. 10. §. 1. ff. ad L. Iul. peculat.* quorum etiam uxor particeps fiebat. *vide supr. disp. 7. thes. 13. lit. E.* Vnde etiam socia divinæ domus à Gordiano Imperatore dicitur *in d. l. 4. Cod. de crimine expilatæ hæreditatis.* (d) *c. Tuæ fraternitati. c. pen. & ult. extr. de sponsalib.*

2 Matrimonium autem in societatem contractuum qui vocant, falli videntur. (a) Rectè tamen à quibusdam actibus legitimis accenseri existimatur. (b)

a) Nam personalis actio ex hoc negocio non nascitur (Contrarium sentit Frider. Martini *in tract. de jure censuum. cap. ult. num. 52.*) sed vel officium Iudicis Ecclesiastici ejus nomine implorari potest, Hotoman. *consil. 43. num. 6. 7. & 8.* vel datur ex eo in rem actio, Arnold. ab Haersolte, *in adversariis action. ad 4. partem pandect. actione 12. num. 3. & 4.* dissentit D. Harpprecht. *ad §. nuptiæ. num. 38. & seq. Inst. de patr. potest.* Ast sine ulla concludente ratione: Ait: matrimonium contrahi dicitur in jure nostro. At dicitur & crimen contrahi, *in l. qui explicandis. 10. Cod. de accusat. & in l. omnem. ff. de judic.* Dicitur quoque amicitia & familiarita contrahi, sed crimen, amicitia, & familiaritas non sunt contractus. Quidam ut Frider. Martin. *dict. cap. ult. num. 52.* tradunt quod spoliatio seu interdictum unde vi hîc quoque locum habeat, ac detur conjugi contra conjugem fugientem. (b) Didac. Covar *in epit. in 4. lib. Decretal. c. 3. in princ. num. 3.* Petr. Faber. *in l. Actus legitimi. 77. ff. de Reg. jur. pag. 313. in fin.* Ego *in tract. ad l. contractus 23. ff. de regul. jur. c. 1. n. 76. & in §. 11. Inst. d. nupt. n. 50.*

3 In matrimonio spectamus tum ejus constitutionem; tum dissolutionem.

4 Constitutio matrimonii desiderat consensum contrahentium nuptias: Aptitudinem personarum nuptias contrahentium; & nuptiarum celebritatem, ejusque tempus justum.

5 Consensus contrahentium nuptias in tantùm est necessarius ad constituendum matrimonium ut si defuerit, cætera etiam frustentur. (a) Cæterum liber esse consensus ille debet, non dependere ab alterius arbitrio. (b)

a] *d. l.*

a) *d. l. Nuptias 30. ff. de reg. jur. d. l. Cum fuerit, 15. in fin. ff. de condit. & demonstrat. c. Tuas dudum. ult. extr. de sponsa duor. c. sufficiat. 77. quæst. 2.* (b) *c. Super eo. 5. extr. de condit. adposit.*

Sufficit tamen nudus & tacitus consensus, (a) proindeque etiam 6
inter absentes per internuncium, vel per epistolam interponi potest. (b) Item inter surdos & mutos. (c)

a) *l. sufficit. 4. l. in sponsalibus. 7. §. 1. ff. de sponsalib. l. ut si proponis. 5. Cod. de nupt.* (b) *lib. 1. Moysis cap. 24. d. l. 4. §. 1. & l. ult. ff. de sponsalib.* (c) *c. Cum apud 23. & c. Tuæ fraternitati. 25. extr. de sponsalib. & matrim.*

Interdum tamen non solus maris & fœminæ consensus sufficit, sed 7
& aliorum quorundam arbitrium necessarium est. Nam filii filiæque famil. non aliter justo devinciuntur conjugio, quàm si habeant consensum parentum in quorum potestate sunt.

§. 1. vers. Dum tamen, junct. §. si adversus ea. 12. Instit. de nupt. l. in sponsalibus. 7. §. 1. ff. de sponsalib. l. 2. ff. de ritu nuptiar. l. 2. l. etsi contra. 6. l. Nec filium 12 C. de nupt.

Et non solum jure civili, sed & Canonicis placitis liberi consensum 8
parentum suorum in contrahendo conjugio explorare jubentur.

c. Aliter, c. Nostrates 30. quæstione 5. c. Non omnis. c. Honorantur 32. quæst. 2. c. videtur, extr. Qui matrim. accusare poss. Coras. *lib. 1. Miscel. cap. 17. num 6. Donell. libr. 13. Commentar. cap. 20. Duaren. ad tit. solut. matrim. cap. de nupt. quæst. 2.* Joh. Borcholt. *Tractat. de gradib. pag. 38.* Eneuckel. *de privil. parent. & liber. privil. cap. 6. & 7.* Ernestus Cothman. *vol. 1. resp. 1. ferè per tot.* Excellent. Dn. D. Besold. *in discurs. de nupt. cap. 9. num. 1.* Kubach. *cent. 1. quæst. illustr. decur. 10. quæst. 3. & 4.* Gentil. *libr. 4. de nupt. cap. 8.* & Schepliz. *in consuetud. Brandenb. part. 1. tit. 2. §. 2.* Dissentit Didac. Covar. *in epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 3. §. 8. num. 1.* Sichard. *ad l. 4. numer. 6. Cod. de sponsalib.* Hotoman. *lib. quæstion. illustr. cap. 9. in fin.* Andr. Gell. *lib. 2. practic. obser. observat. 93. num. 3. & observ 95. numer. 5. & plerique alii, ut ostendit.* Emanuel Suarez. *in recept. sentent. in litera F. num. 203.* Verùm eos nihil moror ego, cum textus quos adduxi plani sint, nec usquam abrogati inveniantur. Neque opitulatur Interpretum opinioni *c. Cum causam. extr. de raptorib.* Ibi enim licet casus proponatur, quo reclamantibus parentibus, eorum filiam quis disponsavit, & in matrimonium duxit, non tamen additur quod matrimonium illud sit justum. Neque inde colligi id potest, quod ejusmodi matrimonium mulieris in monasterium ingressu dissolvi permittitur. Etsi enim sine voluntate patris matrimonia jure non contrahantur, contracta tamen non solvuntur. Iul. Paul. *lib. 2. recep-*

prær. sententiar. cap. 19. Præsertim si carnis commixtione perfecta fuerint, ut loquitur textus *in d. c. cum causam, extr. de raptorib. & consentit. c. pen. extr. de condit. appositis*, & liberis forte subnixa, ac concordia firmata, *l. 1. §. ult. ff. de liberis exhibend.* Nam publica nuptiarum utilitas exigit, ne conjuges, licet absque parentum consensu consociati fuerint, ob id dissocientur, *l. In bello 12. §. Medio, ff. de captiv. & postlim. reversis, & scribit* Iulius Paul. *d. libr. 2. recept. sentent. cap. 19.* Dici & illud potest, *ut Donell. lib. 13. Comment. c. 20 pag. 204.* quod caput illud sit de parentibus, qui filiam raptam non habuerunt in sua potestate. Denique haud absurdum fuerit dicere, in specie capituli illius reluctantibus parentibus abductam quidem fuisse filiam ab ejus sponso, non etiam militem sponsum sibi eam parentibus reluctantibus desponsasse. Nec quicquam etiam suffragatur contrarium sentientibus *c. super eo, extr. de conditionib. adpositis:* Nam primò licet loquatur hoc capitulum de filio, qui in quandam mulierem consensit sub hac conditione, *si pater adsensum præstaret*, & expresse textus dicat, ejusmodi conditionem Canonicis non improbari institutis, proindeque eundem filium non cogi ad contrahendum matrimonium, nisi voluntas patris postmodum intercedat; atque ita innuere videatur locus ille, quasi absque ejusmodi adposita conditione patris adsensus expectandus non sit, tamen non addit, neque ullo verbo indicat, casum esse de filiosam. Non omnis filius est filiusfam. Hic ex patris, ille plerunque ex proprio arbitrio uxorem ducit. Deinde posito, textum eundem loqui de filiofam. non tamen ex eo, quod filiusfam. fidem matrimonii dedit, sub hac conditione. SI PATER CONSENTIAT, continuò & necessariò sequitur, citra hanc conditionem jure Canonico non teneri filium patris expectare consensum. Sed potius inde hoc arguitur, jus illud in liberorum conjugio exigere necessariò parentum consensum. Cum enim naturalis etiam suadeat ratio (quam jus Canonicum tueri conatur) ut liberi volentes fœdera contrahere nuptialia, genitorum suorum arbitrium explorent, *§. 1. Instit. de nupt.* præsumuntur illi, qui sub ejusmodi conditione fidem matrimonii dant, quod ad rationem illam naturalem conformare sese voluerunt; quippe cum id facere præsumamur: ad quod natura ducimur, Dyn. *in c. semel malus. num. 3. de Regul. Iur. in 6.* Adhæc non licet *ex d. c. Super eo, extr. de conditionib. adposit* ita argumentari: Si filiusfam. fidem matrimonii det sub hac conditione, SI PATER CONSENTIAT, non potest, dissentiente PATRE, cogi ad contrahendum illud matrimonium: Ergo si absque illa conditione purè conjugalia fœdera contrahat, compelli potest, ad consumandum matrimonium promissum etiam dissentiente patre. Cum enim manifestum sit ex locis supra adductis, quod etiam jure

Cano-

Canonico parentum consensus necessariò in liberorum nuptiis exigatur, nec aliter legitimum sit matrimonium, sed planè nullum, si patris adsensus non adhibeatur, argumentum illud à contrario sensu meritò hîc cessabit. Quod enim reperitur dispositum, id argumento à contrario sensu prosterni haud potest, Dd. *in l. 1. & ibi præsertim* Bolignet *num 84 & 110.* Iacob. Menoch. *Consil. 142. num 22. lib. 2. & Consil. 277. num. 47. & seqq. lib. 3.* & latè Everhard. à Midelburg. *in locis argumentorum legalium, in loco à contrario sensu, num. 4. & seqq.* Præterea nihil nobis negocii facit *c. sufficiat, 27. quæst. 2.* Vbi Nicolaus Papa, sufficiat, ait, solùs secundum leges consensus eorum, de quorum conjunctionibus agitur. Nam particula, SOLUS non excludit ibi consensum parentum, sed carnalem copulam, uti sequentia verba ejusdem Canonis item Canon præcedens, & sequentes abundè arguunt. Quò pertinet etiam illa juris Regula, Nuptias non concubitus, sed consensus facit, *l. Nuptias 30. ff. de reg. jur. l. Cui fuerit 15. ff. de conditionib. & demonstrat. vide cap. ult. extr. de sponsa. duor.* Rectissimè quoque locus ille accipi & interpretari potest de iis, quorum parentes non amplius superstites sunt. Nulla enim ibi fit mentio parentum. Denique non frangit sententiam nostram, quod jura etiam Canonica volunt, ut libera sint matrimonia, *c. Requisivit, 46. & c. Gemma. 29. extr. de sponsalib.* Id enim non de excludendo parentum consensu, sed vitando metu, coactione, & extorsione pœnæ exaudiri debet, sicuti allegata loca distertè ostendunt. Et respondetur etiam ex definitione libertatis, quæ est facultas faciendi quod lubet, nisi vis vel jus obstet.

Iure item divino consensum parentis desiderari in liberorum nuptiis sacra testatur scriptura. 9

Genes. cap. 24. 27. & 28. Deutr. cap. 2 vers. 3. Exod. 21 22. & 24. Ierem. 29. vers. 6. Iudic. cap. 14. in princ. & c. 21. v. 7. 1. Corinth. 7. vers. 38. Tobiæ 6. vers. 13. in Concilio tamen Tridentino *Sess. 24.* de clandestinis matrimoniis jubentur esse nuptiæ liberorum sine consensu parentum contractæ. Chemnitius *in 2. part. Examin. Concil. Tridentini. in fin. de clandestin. matrim fol. 269.* Grævæ. *lib. 2. conclus. practi. 95. consid. 1.*

Duplex autem ratio est, cur in nuptiis liberorum desideretur parentum consensus; naturalis scilicet, & civilis. Naturalis, quia lex naturæ suadet, ut honorem, pietatem, reverentiam, & obedientiam dulcissimis nostris parentibus præstemus. [a] Et hæc naturalis ratio locum etiam habet in matre itemque patre emancipatore & naturali, qui liberos sua in potestate non habent. [b] 10

a) *l. 2. ff. de Iustit. & jur. l. 2. ibi, cum naturali ratione honor hujusmodi personis debeatur. C. de in jus vocando.* (b) Id quod arguit non solum *l. Pronunciatio 195. §. Familiæ appellatio. vers. Iure enim proprio, ibi, quæ sunt*

sub ejusdem potestate, aut natura, ff. de verb. significat. Sed etiam quartum DEI præceptum HONORA PATREM ET MATREM: Quò pertinet etiam *Iudic. cap 14. & 22. Exod. cap. 22. & Genes. 24.* At juris nostri auctores eam naturalem rationem non ita sequuntur, ut velint etiam necessariò matris, itemque patris emancipatoris, & naturalis tantum genitoris voluntatem & arbitrium à liberis ipsorum in contrahendo conjugio explorandum & adhibendum esse, sed tantum cujusque pietati & honestati id relinquunt. Cœpen. *enucleat. quæst. 6. decad 3.* Enenckel. *de privil. parent. & liber. privil. 6. cap. 3.* Pruckman. *de differ. utriusque sex. fol. mih. 121.*

11 Civilis ratio versatur non tam in eo, quod patri invito suus heres agnasci non debet, (a) quàm in ipsa patria potestate, quæ juris civilis est. (b)

a) *l. In bello. 12. §. Medio tempore, ff. de captiv. & postlim. reverf. & §. Sed si quis. 7. Instit de adopt.* Hæc autem ratio in filiafam. non procedit, *per §. fin. Instit. de patria potest.* (b) *§. Ius autem potestatis. 2. Instit. dict. tit.* Plures rationes vide apud Oldendorp. *in Class. 4. act. 26. pag. 735.* Sed an & matris requiratur consensus multi dubitant, de qua quæstione eleganter disserit Excellentiss. Dn. Besold. *tr. de nuptiis. cap. 9. num. 2.* Cypræus *de sponsal. cap. 6. §. 7. n. 2.*

12 In tantum autem consensus parentis, in cujus potestate est, qui conjugium inire vult, desideratur, ut ejus jussus præcedere debeat. (a) nec sufficiat ratihabitio ad hoc, ut ab initio justum sit conjugium. (b)

a) *§. 1. vers. In tantum, Inst. de nupt. l. unic. §. Et si quidem, vers. nec facultas & vers. Oportet enim. C de rapt. virg.* (b) *l. quid ergo. 13. in pr. ff. de his, qui notantur infam. l manifestum. 9. Cod. de nuptiis. l. si uxor. 13. §. si quis uxorem vers. vel in filiofam. ff. ad. L. Iul. de adulter.* Cujac. *lib. 3. obs. cap. 5. & Instit. in notis poster. ad dict. tit. de nupt. num. 6. & in commentar. in lib. 35.* Paul. *ad Edictum, pag. 193. colum. 1.* Contius *libr. 1. disput. 7.* Monner. *de matrimon. part. 3. cap. 8. 9. & 10.* Ioachim. à Beust. *in Tractat. de jure connubior. part. 2 cap. 46. pag. 86. fac. 2. & pag. seq.* Hotoman. *libr quæst. illustr quæst. 9. &* Petr. Peck. *in Tractat. de testament. conjug. lib. 1. cap. 5. & lib. 2. cap. 5.* ubi in hujus sententiæ confirmationem adducit etiam Caroli V. constitutionem de anno 1540. Cothman. *vol. 1. resp. 1.* Dn. Besold. *in Oiconomia ad lib. 1. tit. 5. & 6. ff. quæst. 12. fol. 173. & in discurs. de nupt. cap. 9. num. 8.*

13 Emancipata quoque filia minor 25. annis, absque patris emancipatoris consensu conjugium inire prohibetur. (a) ut & filia eadem patris, utpote mortui auxilio destituta, sine matris, & propinquorum voluntate nubere alicui vetatur. (b)

a) *l. vi-*

a) *l. viduæ. 18. l. in conjunctione. 20. Cod. de nupt.* Franciſc. Hotom. *dict. illuſtr. quæſt. 9.* (b) *dict. leg. in conjunctione. 20. Cod. de nupt. junct. l. 1. C. eod. tit.* Hotom. *d. quæſt. 9.* Cujac. *lib. 3. obſerv. cap. 5. &* Donell. *dict. lib. 13. cap. 20. pag. 206.* Iohan. Borcholt. *Tractat. de gradib. pag. 53.*

Sed an matrimonium inſciis parentibus contractum, alterutrius 14
contrahentium diſſenſu reſcindi poſſit, ſcrupuloſa quæſtio eſt? Et quod poſſit ſeparari, licet carnalis copula intervenerit, ſtricta juris auctoritas arguit, (a) quamvis ob publicam utilitatem æquius & ſatius ſit, ne ſecuto concubitu dirimatur. (b)

a) *Argum. l. non dubium 5. Cod. de legib.* Donell. *libr. 13. cap. 20. pag. 205.* Beza, *Tractat. de repud. & divort. pag. 79. & pag. 145. Vide* quoq; Oldendorp. *claſſ. 4. act. 26. pag. 736.* de clandeſtinis ſponſalibus vide Schepliz. *in conſuet. Brandenb. tit. 2. part. 1. §. 5.* (b) *cap. pen. extr. de condit. adpoſit. cap. cum cauſa, extr. de raptorib. cap. aliter. in fin. 30. qu. 5.* Iul. Paul. *lib. 2. ſentent. cap. 19. l. in bello. 12. §. medio. ff. de capt. & poſtlim. reverſ.* Duaren. *ad tit. ſolut. matrimon. Rubric. de nupt. cap. 2.* Dn. D. Beſold. *lib. 1. polit. cap. 10. §. 5 num 38. & conſil. 2. 11. de nupt. quæſt. 2.* Weſenbec. *in paratit. ff. de ritu nupt. num. 8* Iohan. Schneidewin. *ad titul. Inſtit. de nupt part. 2. num. 35.* Coral. *lib. 1. Miſcell cap. 17. num. 6.* Iacob. Rævard. *de ambiguitatib. jur. lib. 4. cap. 16. num 10. cum ſeqq. &* Cujac. *in lib. 35 Pauli ad edictum. pag. 192. & lib. 3. obſ. 5.* Arum. *exercit. Inſtin. 2. th. 11.* Iohan. Kizel. *in Synopſ. matrim. cap. 4. theor. 5. lit. d.*

Quæritur & illud, ſi filius, filiave non explorato conſenſu pater- 15
no, matrimonium contraxerit, idque religione Iurisjurandi, vel quâ aliâ obteſtatione & execratione firmârit; an parens, re adhûc integrâ, matrimonium illud diſturbare poſſit? Et quod poſſit, æquius putatur.

cap. Mulier. 32 quæſt. 2. d. l. Non dubium. 5 in fin. ubi Iaſ. *Cod. de legib l. Iuriſgentium 7. §. Generaliter. ff. de pactis. Numeri. cap. 30. & c. non eſt obligatorium., de Reg. Iur. in 6.* Wetenb. *in paratit. ff. de ritu nupt. num 5. verſ. Pater igitur.* Ioachim. à Beuſt. *in tract de jure connubior part. 2. de matrimon. cap. 48.* Sed quod attinet, *Can. Mulier. 32. quæſt. 2.* nihil agit de matrimonio, ſed de voto, quod filia facit. Deindè Can. ille eſt non de omni filia, ſed ea tantum, quæ adhûc in ætate puellari eſt conſtituta. Daniel. Moller. *lib. 1 ſemeſtr. cap. 47. num. 22.*

Etſi verò liberi parentum arbitrio nuptias contrahant, cogi tamen 16
non poſſunt à parentibus, ut conjugio aliquo devinciantur, (a) etiam ſi juramento ſe parentes aſtrinxerint, quod huic vel illi fœminæ gnatum ſuum in matrimonium dare velint. (b)

a) *l. filiofam. 13. ff. de ſponſalib. l. non cogitur. 21. ff de ritu nupt. c. 1. ubi gloſſ. in verb. debet, extr. de ſponſ. duor.* Conan. *libr. 8. comment. cap. 4.*

num. 4. (b) *l. non dubium. 5. C. de legib. cap. non est obligatoriam, de reg. jur. in 6.* Schepliz. *in consuet. Brandenb. part. 1. tit. 2. §. 3.*

17 Filiam quod attinet, quamvis ea non nisi maxima ex causa, à parentibus dissentiendi licentiam habeat, (a) non tamen ab illis invita ad hoc vel illud matrimonium cogi debet, (b) etiamsi juraverint, se eam illi viro in matrimonium collaturos. (c)

a) *l. Sed quæ. 12. §. 1. ff de sponsalib.* Sichard. *in l. 4. num. 9. Cod. d. t.* Connan. *dict cap. 4. num. 4. Gen. cap. 24.* (b) *l. neque. 14. Cod. de nupt. cap. cùm requisivit. 17. & cap. cum locum 14. extr. de sponsalib.* Beza, *Tractat. de repud. & divort. pag. 78.* (c) *cap. si verum & cap. de nuptiis. 31. quæst. 2.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. practic. observ. 42. num. 3. & seq.*

18 Quod si filio, aut filiæ honesta matrimonii contrahendi conditio offeratur, parens autem injuria repugnet, quo minus matrimonium coëatur, liberi illi Magistratum adibunt, qui, si cognoverit, non esse conditionem illam repudiandam coget parentem consentire (a) Et videri debet consentire parens, si nullam dissentiendi causam habere declaretur. (b)

a) *l. capite 19. ff. de ritu nupt. cap. nullus Laicus, extr. de jure patronat.* Duaren. *ad d. tit. solut. matrim cap de nupt. quæst. 2. vers. sequens quæst.* (b) *arg. l. in dotem. 37. ff. de solut. matrim.* Donell. *dict. libr. 13 cap. 20. pag. 104.* Kizel. *in Synops. matrim. cap. 4. theor. 4. lit. G.* Cothman. *resp. 1. num. 233. & 283.*

19 Sed moveri etiam hoc loco & illa potest quæstio, an liberi, ob non requisitum parentis arbitrium in contrahendis nuptiis, exhæredari queant? Et negativa sententia, nisi indignis, & turpibus se adplicuerint, nobis vera videtur: modò tamen filia, si de ea sit quæstio, major sit annis 25.

Novell. 115. cap 3. §. si alicui ex prædictis, l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. Coras. *lib 1. Miscell. cap. 17. num 5.* Cujac. *libr. 3. observ. cap. 5. & in Novell. 18. pag. 13.* Conan. *lib. 8. cap. 4. num. 4.* Sichard. *in Auth. Non licet, num. 4. Cod. de liber. præter. & in l. 4. num. 7. Cod. de sponsalib.* Decius *ad l. nuptias, 30. num. 10. ff de reg. jur.* Borcholt. *in d. tractat. de gradib. pag. 68.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 95. num 17. Sed vide* Wesenbec. *in paratit. ff. de liber. & posthum num. 5.* Sichard, *ad l. 5. num. 6. & seqq. Cod. de nupt.* Fachin. *3. controv. 44.* Didac. Covarr. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 3 §. 8. num. 5. & seq.* Duaren. *ad tit. solut matrimon. cap. de nupt. quæst. 2.* Hackelm. *illustr. quæst. disput. 14. thes. 7. lit. C.* Hotom. *illustr. quæst. 9.* Dn. D. Besold. *discurs. d nupt. cap. 9 num 5.* Arum. *exercit. Justin. 2. thes. 11. lit. B.* Hunn. *in resolut.* Treutl. *volum. 2. disp. 6. quæst. 47.*

Vti-

Vt liberi, in contrahendis nuptiis explorare debent parentum 20
consensum, sic & pupillus & pupilla, si sponsalia contrahere velint, tutoris autoritatem adhibere legibus jubentur.

l. Si pupillæ. 6. ff. de sponsalibus. facit huc, quod tutor personæ datus est, §. Est *autem tutela, ibi, ad tuendum eum. Instit. de tutel. & §. item tria onera, ibi, plurium pupillorum tutela, Instit. de excusat. tutor.* Et ita sentit, quoque Bald. *in l. copulandis. Cod. de nupt. &* Sichard. *in l. si pater. 4. n. 2. & 3. Cod. de sponsalib.* Arnisæ. *d. jur. connubior. cap. 3. sect. 11. fol. 239.* Gentil. *d. nupt. lib. 4. cap. 14.* Dissentit Kling. *Tractat. de causa matrimon. tit. de consensu parentum, &* Hotoman. *consil. 39. num 8. & consil. 41. num. 8. circa finem.*

Curatorum autem, propinquorum, & affinium consensu hîc opus 21
non est, (*a*) præterquam in casu, quò filia minor 25. annis patre orba alicui nubere intendit, ubi ut dictum fuit, matris, & propinquorum consensus desideratur, (*b*) aut quo furiosi vel dementis patris liberi matrimonium contrahere præsumunt, ubi similiter propinquorum voluntas, præter authoritatem Magistratus, & Episcopi sive Parochi, item Curatoris necessaria est. (*c*)

a) *l. sciendum 20. ff. de ritu nupt.* Hotoman. *consil. 39. & 41.* vide Henning. Arnisæ. *de jur. connub. cap. 3. rubr. de consens. tutor. vel curat.* Fürstl. Würtemb. Ehe-Ordnung. *fol. 184. vers.* was wir auch. *Sed ibi notanda verba in parenthesi posita,* mit seiner Maß. & Schepliz. *in consuet. Brandenb. part. 1. tit. 2. §. 2. numer. 5.* & Bidenbach. *cap 1. quæst. 4.* (b) *dict. leg. in conjunctione 20. Cod. de nupt.* (c) *l. tam dementi 28. Cod. de Episcop. aud. l. si furiosi 25. Cod. de nupt.* Kizel. *in synops. matrim. cap. 4. theor 3. lit. K.*

Cæterùm consensus, de quo hactenus, confirmatur interdum 22
Symbolo conjugii, quod est quoddam insigne testimonium, & argumentum quo novi conjuges fidem de conjugio datam confirmant. Estq; arrha sponsalitia, vel juramentum conjugale.

Arrha sponsalitia (*a*) est vel aureum numisma (*b*) vel annulus, 23
(*c*) vel quid aliud, quod sponsus dat sponsæ, (*d*) vel hæc illi, (*e*) in argumentum (*f*) & pignus (*g*) fidei de conjugio datæ.

a) Aliàs vocatur sponsalia *l. 3. Cod. de donat. antenupt. l. 1. Cod. si nupt. ex rescripto pet. l. ultim. Cod. de ingen. manumiss. Item sponsalitia, Rubric. Cod. si Rector provinc.* (b) *l. 2. C. quando liceat ab empt. disced.* (c) *e. nostrates 30. quæst. 5. l. si donatæ. 36. §. 1. ff de donat. inter vir & uxor. l. 5. §. Item, si Institor. ff. de Instit. act. l. ex empto 11. §. is qui vina. ff. de act. empt. Tertul. in Apolog. adversus gentes, annulum pronubum appellat.* (d) *Cujac. lib. 4. observ. cap. 26. in paratit. Cod. de donat. ante nupt.* (e) *De consue-*

consuetudine scilicet sponso quoque sponsa dat arrham, ut experientia testatur, & patet ex Zasii consil. 2. num. 26. & seqq. & consil. 3. num. 15. & 68. part. 2. Item Hotoman. *cons. 41. & docet* Connanus *lib. 8. comment. cap. 2 sub fin.* & ante eum Bald. *in l. Deo nobis. numer. 4. Cod. de Episc. & Cler.* (f) *per §. 1. Instit. de empt. & vendit. l. quod sæpe. 35. in princ. ff. de contrab. empt. & vendit.* (g) *d. l. un. C. si Rector provinciæ.*

24 Pars autem quæ renuit implere matrimonium, si dedit arrhas, amittit eas, (a) si accepit, in duplo illas restituit. (b) Quod si ante impletum matrimonium sponsus vel sponsa decesserit, arrha data in simplo restituitur. (c)

a) *per l. ultim. ff. de leg. commiss. l. contractus. 17. in fin. C. de fide instrum.* Duaren. *ad tit. solut. matrim. cap. de sponsalib quæst. 4.* Cujac. *lib. 11. observ. cap. 17. & in parat. C. tit. de sponsalib.* (b) *l. mulier. 5. Cod d. t.* (c) *l. 3. C. d. t.* Quomodò verò & an sponsi ad contrahendum matrimonium sint compellendi. ostendit Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 3, tit. 18.*

25 Repetitur arrha vel condictione ex lege, si duplum petatur, (a) vel condictione sine causa, si petatur simplum. (b)

a) Est enim hæc legitima pœna *l. contractus. 17. in princ. Cod. de fide Instrument.* Cujac. *dict. cap. 17. in princ.* (b) *per d. l. 2. C. quando lic. ab empt. discedere.* Cujac. *17. &* Sichard. *in l. fin. numer. 7. C. de sponsalib.* de arrhis vide plura apud Didac. Covar. *in epit. in lib. 4. Decret. cap. 3. §. 7. &* Sichard. *in d. l. mulier. C. de sponsalib. &* Zas. *d. cons. 2. & 3. part. 2. &* Hotoman. *d. cons. 39. n. 16. & seqq. & cons. 41. n. 6. & seqq.*

26 Succedit juramentum conjugale, quod est, quo unus alteri, Deo vocato teste, fidem suam de conjugio astringit. Vt si ita dicat sponsus: Iuro & tibi fidem do, Deumque & hunc amicorum cœtum contestor, me nunquam, te viva uxorem aliam; præter te unam habiturum: idq; sub periculo damnationis animæ meæ affevero.

c. ad audientiam. 4. & cap. 5. de illis autem. c. ex parte 9. c. ex literis. 10. extr. de sponsalib.

27 Adhuc de consensu ad constituendum matrimonium necessario: succedit personarum nuptias contrahentium aptitudo. Aptos ad matrimonium contrahendum dicimus quos neque ætas, neque necessitudo, neque justitia honestatis publicæ, neque infidelitas, neque imparitas honestatis personarum, neque tutelæ, vel curæ administratio impedit.

28 Necessitudo, quæ impedit conjugium, est vel cognatio, vel affinitas, quæ duo sunt species necessitudinis.

l. ult. ff. de justit. & jur. de ætate contrahentium nuptias dictum est hac disp. th. 1.

Co-

Cognatio eſt neceſſitudo inter parentes & liberos, fratres & ſoro- 29
res,& qui ex his orti ſunt. Eſtque vera,aut quaſi cognatio.

Vera cognatio eſt perſonarum, quæ ex eodem ſanguine natæ 30
ſunt. *(a)* Atque in hac ſpectantur tum ordo, & gradus cognatorum: (quæ duo inter ſe differunt) *(b)* tum ad quem uſque gradum inter cognatos prohibitum ſit conjugium.

a) *l. 4. §. 1. & 2. l. Iuriſconſultus. 10. §. 1. 2. & ſeqq. ff. de gradib. §. 1. Inſtit. de legit. agnat. tutel. l. 1. §. 1. ff. Vnde cognat.* Didac. Covar. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6 § 6. n. 1. 2. & 3.* (b) *l. 1. in pr. ff. de gradib.*

Cognatorum ordo, quem leges, itemque Canones etiam lineam 31
vocant, *(a)* eſt collectio cognatorum, quâ ipſi cognati ſeriatim continentur,& invicem numero diſtinguuntur. *(b)* Eſtque vel ſuperior, vel inferior,vel tranſverſus. *(c)*

a) *l. Stemmata. 9. ff. de gradibus, c. quod dilectio, extr. de conſang. & affinitat.* (b) Didac. Covarruvias. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. § 6. num. 4.* (c) *d. l. 1. in princ. ff. de gradib. & §. 1. Inſtit. d. t.*

Superior ordo eſt parentum, interior liberorum: *(a)* illos aſcen- 32
dentes, hos deſcendentes appellamus. *(b)* Tranſverſus ordo, quem Iuſtinianus tranſverſum gradum vocat *(c)* eſt fratrum & ſororum, & qui ex his oriuntur. *(d)*

a] *d. §. 1. Inſt. de gradib. cognat. & d. l. 1. in pr. ff. de gradib. c. primo gradu. 35. quæſt. 5.* (b) *l. ſi quis. 6. C. de inceſt. & inutilib. nupt. l. ult. ff. de rit. nupt.* (c) *§. inter eas, Inſtit. de nupt.* (d) *d. §. 1. Inſtit. de gradib. cog. d. l. 1. in pr. ff. d. t. & d. c. primo gradu. 35. quæſt. 5.* Borcholt. *tractat. ſingul. de gradib.*

Gradus verò eſt intervallum, quo cognatus à cognato per ſui gene- 33
rationem diſtat. Quævis enim generatio gradum adjicit jure civili. *(a)* Vnde jure feudorum gradus vocatur geniculum. *(b)*

a) *§ Hactenus, Inſtit. de gradib. d. l. Iuriſconſultus. 10. §. nam quotiens, ff. d. t.* Fratres tamen & ſorores licet plures ſunt, quàm duo, ſemper tamen ſibi invicem ſecundo ſunt gradu, *l. 1 §. 1. l. Iuriſconſultus. 10. §. ſecundo gradu, ff. dict. tit.* (b) *tit. 1. §. hoc quoque ſciendum. lib. 1 feudor.*

Iure verò Canonico licet in aſcendentium & deſcendentium ordine ſimiliter generatio perſonæ gradum faciat, in ordine tamen tranſverſo aliquali quòto gradu alteruter cognatus à communi ſtipite diſtet, eodem 34
etiam gradu ab altero cognato, de cujus cognatione quæritur, diſtare traditur, unde duo fratres vel ſorores, aut frater & ſoror Iure Canonico diſtant primo gradu, duo patrueles verò gradu ſecundo.

c. ad ſedem. §. namque duo 35. quæſt. 5. Didac. Covarruv. *in Epitom. in libr. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. num. 7.*

35 In ordine verò sive linea inæquali, quoto gradu remotior cognatus à communi stipite distat, eodemetiam gradu Iure Canonico distat ab eo, de cujus cognatione quæritur. Vnde frater à fratris filia distat gradu secundo. Nam fratris filia, quæ remotior est à communi stipite, ab eodem distat secundo gradu; Item filius meus distat à fratris mei pronepte gradu tertio proneptis enim à communi stipite distat gradu tertio.

C. *quod dilectio, & c. ult. extr. de consanguinitat. & affinitat.* Didac. Covarruvias, *dict. cap. 6. num. 7. vers. Tertia regula.*

36 His ita cognitis, videndum, ad quotum usque gradum inter cognatos prohibitum sit conjugium. Cognati superioris & inferioris ordinis, ut sunt parentes & liberi, licet remotissimi sint gradus, conjugio divinciri non possunt.

§. *Ergo non omnes. 2. Inst. de nupt. l. nuptiæ. 53. l. quòetiam. 55. & l. ult. ff. de rit. nupt.*

37 Quod si jungantur hi cognati, nuptiæ eorum nefariæ, & incestæ dicuntur juregentium.

d. §. ergò Non omnes. 1. vers. & si tales. Instit. de nupt. d. l. ult. ff. de ritu nupt. l. si quis 6. C. de incest. & inutilib. nupt. Novell. 12. cap. 1. l. si adulterium. 38. §. quare mulier ff. ad Leg. Iul. de adulter.

38 Cognati ordinis sivè lineæ transversæ, si fuerint in secundo Iuris civilis gradu, ut frater & soror, jungi vinculo matrimoniali prohibentur, sive ab eodem patre, eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum.

§ *Inter eas quoque personas, 2. Inst. de nupt. l. nemini. 17. C de nupt.*

39 Si verò in quarto ejusdem juris sint gradu, vel ulteriori, jure civili rectè junguntur.

§. *Duorum. 4. Instit. de nupt. l. 3. l. non solùm 67. §. 1. de ritu nupt. l. celebrandis. 19. C. de nupt.* Cœpen. *lib. 1. obs. 39.*

40 Iure autem Canonico (quod in hâc causa plerunque sequimur) cognatis, lineæ sive ordinis transversi, æqualis, ad quartum usque gradum inclusive interdictum est conjugio.

c. Non debet. extr. de consang. & affinit. vide Didac. Covarruv. *in epit. in lib. 4. Decretal part. 2. cap. 6. §. 6. num. 10.*

41 Cognati verò transversi ordinis inæqualis, si parentum & liberorum locum obtineant, veluti frater, aut soror, & fratris, aût sororis filiâ, filius; nepos, neptis; pronepos, proneptis, abnepos, abneptis: adnepos, adneptis: Trinepos trineptis; omni gradu etiam remotissimo conjugii vinculo necti prohibentur, tam jure civili (*a*) quam jure canonico (*b*) & divino (*c*) jure.

a) §. *Fratris verò 3. & §. item amitam; 5. Instit. de nupt. l. sororis. 39. in princ.*

Digitized by Google

princ. ff. de ritu nupt. l. ultim. C. de inceſt. nupt. l. nemini 17. C de nupt. Reuſner *vol. 1. conſil. 8.* (b) *c. quod dilectio, extr. de conſang & affinit.* [c] *Levit. cap. 18. & 20.* Quid verò ſi invitis agnatis Sacerdos quidam ab officio remotus, inter conſobrinos matrimonium conſumat, an valeat. Vide Pingizer. *lib. quæſtion. decad. 2. quæſt. 12.*

Si autem non obtineant parentum & liberorum locum cognati tranſverſi ordinis inæqualis, jure quidem civili, *(a)* ut & divino *(b)* jure, juſto devinciuntur conjugio: at Iure Canonico, ſi unus vel una ſecundo, alter, vel altera quinto gradu diſtet à communi ſtipite, conjugio ſociari prohibentur. *(c)* Cæteris verò cognatis tranſverſi ordinis inæqualis conjugio interdictum non eſt. Vir enim, qui à ſtipite quarto gradu, & mulier, quæ ex alio latere diſtat gradu quinto, licitè poſſunt matrimonialiter copulari. [d] 42

a) Nullibi enim prohibitum eſt conjugium inter hos cognatos jure civili (b) *c cum igitur. 35. quæſt. 1. exempla extant: Geneſ. 29 Iohan. 15. & Iudic. 1.* [c] *arg c. quod dilecto. extr de conſang. & affinitat.* Diſſentit Mozz. *Tractat. de contractib. & quidem Tractat. de matrim. cap. ultim. numer. 17. &* Duaren. *ad Tit. ſolut. matrim. cap. de nupt. quæſt. 3.* [d] *c. ult. extr. de conſang. & affinit.*

Quod autem hactenus de cognatione dictum eſt, exaudiri quoque debet de cognatione ſervili: ſi fortè pater & filia: aut frater & ſoror manumiſſi fuerint. 43

§. Illud certum, 10. Inſtit. de nupt. l. libertinus. 8. & l. adoptivus. 14. §. ſerviles. 2. ff. de ritu nupt. Vide ſupr. diſput. 6. theſ. 16. lit. D. in fin.

Et hæc de vera cognatione. Quali cognatio eſt, quæ citra jus ſanguinis ingenio humano inventa inter aliquos conſiſtit: Eſtque legalis, vel ſpiritualis. 44

C. un. extr. de agnat. legal. & tot. tit. extr. de agnat. ſpirituali.

Legalis cognatio eſt, quæ adoptione conſtituitur, *(a)* & quidem inter eos adoptivos, qui ſi naturales eſſent, agnatorum jus haberent, *(b)* quod non habent liberi, ſororis meæ adoptivæ, cum cognatio non à fœminis, ſed à maſculis deſcendat. *(c)* Vnde filia ſororis meæ adoptivæ mea cognata non eſt. *(d)* 45

a) *Dict. c. un. extr. de cognat. legal. l. 4. §. cognationis, ff. de gradib.* (b) *l. ſi qua mihi. 12. §. fin. ff. de ritu nupt.* (c) *§. 1. Inſtit. de legit. agnator. ſucceſſ.* (d) *d. l. ſi qua mihi 12. ff de ritu nupt.*

Hæc cognatio copulari vetat, adoptivum patrem & adoptatam filiam, non ſolùm durante adoptione, ſed etiam ea diſſoluta. *(a)* Vnde *(b)* fœmina, quæ ex indulgentia Principis adoleſcentem adoptavit, *(c)* eum ſibi virum habere non poteſt. 46

a) §. 1. vers. Et hæc adeo Instit. de nupt. l. quin etiam. 55. in princ ff. de rit. nupt. (b) Quia pater nec emancipatam filiam ducere uxorem potest. Didac. Covarruvias. in Epit. in lib. 4. Decretal. cap 6. §. quinto, n. 1. pagin. 97. (c) De qua in §. Fœmina quoque, Instit. de adopt. & l. mulierem. 5. Cod dict. t.

47 Similiter amitam, aut amitam magnam adoptivam nemo conjugem habere potest; (a) nec potest quilquam habere conjugem sororem adoptivam, à patre adoptatam, quandiu scilicet consistit adoptio, aut ipse frater patria potestate tenetur. (b)

a) §. Item amitam. 5. Instit. de nupt. & l. per adoptionem. 17. in fin. ff. de ritu nupt. (b) §. inter eas. 2. vers. Sed si qua. Instit. de nupt. l. Qui adoptionem. 23. ff. de adopt. d. l. per adoptionem. 17. in pr. ff. de ritu nupt.

48 Spiritualis cognatio est compaternitas; utquæ per Catechismum, Baptismum, vel confirmationem constituitur inter testem baptismi, & personam baptisatam, ejusque parentes.

c. contracto. extr. de cognat. spiritual. & tit. eod. in 6. c. ante Baptismum. de consecrat. distinct. 4. l. qui alumnam. 26. C. de nupt.

49 Etsi verò hæc cognatio apud Pontificios, nuptiis impedimentum creet: (a) In Ecclesiis tamen Augustanæ Confessionis nihil quicquam conjugio obstare dicitur. (b)

a) Tot. d. tit. extr. de cognat. spiritual. & tit. eod. in 6. d. l. qui alumnam. 26. C. de nupt. Didac. Covar. in Epit. in 4. lib. Decretal. part. 2. c. 6. §. 4. (b) Philipp. Melanth. & Simon. Pauli in locis suis communib. sub loco de conjugio, item Melanth. in Ethic. cap. de arbore consanguinitat. infr. hac disp. th. 78. lit. D. in fin.

50 Sequitur de affinitate: quæ est necessitudo (a) justis nuptiis jure civili, (b) aut quovis coitu, jure canonico, (c) tum inter eandem marem & fœminam, (d) tum utriusque cognatos (e) contracta.

a) l. ultim. ff. de justit. & jur. (b) l. 4. §. sed quoniam, & §. sciendum ff de gradibus. Sponsalibus propriè affinitas non constituitur. l. si quæ mihi. 12. § 1. & 2. ff. de ritu nupt. §. si uxor. 1. Instit. de nupt. (c) c. discretionem. & c. pen. extr. de eo, qui cognovit consang. uxor. suæ. Didac Covarruv. in Epit in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 7. num. 2. & 3. (d) l. quod Servius 9. ibi, donec maneat inter eos affinitas, ff. de condict. caus. dat. non secut. (e) ut arguit dict. l. non facilè. 4. §. sed quoniam. 3. vers. Affines. ff. de gradibus. & §. Maritis tamen. 8. Instit. de nupt. collatus scilicet ad §§. precedentes, Duaren. in commentar. ad tit. solut. matrim cap. de nupt. quæst. 3. Dissentit Cujac. in paratit. ff. de gradib. & Vult. lib. 1. Iurisp. Roman. c. 18. pag. mihi. 103. Iure tamen Canonico Conjunx tantùm & conjugis cognati inter se affines sunt. c. quod super. extr. de consangu. & affinitat

Tria

Digitized by Google

Tria illa affinitatis genera à canoniſtis conficta, (a) non agnoſci- 51
mus. (b)

a) *in c. non debet §. cum ergo, in verb. ſecundo & tertio', extr. de conſanguinitat. & affinitat.* (b) *per d. c. quod ſuper. extr. dict. tit.* Innocent. *in dict. cap. non debet, extr eod. tit.*

Etſi vero affinitatis gradus proprii ſint nulli; (a) in conjugendis 52
tamen affinibus cognatorum gradus ſpectamus. (b)

a) *l. non facile. 4. §. Gradus 5. ff. de gradib.* (b) *l. Iuriſconſultum. 10. in pr. ff. d. t. c. non debet. extr. de conſanguinitat. & affinitat.*

Affines autem qui parentum & liberorum locum obtinent, conju- 53
gio devinciri non poſſunt, ſed eos copulari nefas eſt. Nam privignam tuam, vel nurum, vel ſocum, vel novercam tibi conjugem quærere non potes. Neque adoptivus, ſi emancipetur, eam, quæ patris adoptivi uxor fuit, ducere poteſt: quia novercæ locum habet: Nec poteſt adoptivus pater filii adoptivi uxorem ducere, etiam poſt emancipationem, eò quòd nurus loco eſt.

d. l. 4. §. Hos itaque, ff. de gradib. §. affinitatis quoque. 6. Inſtit. de nupt. l. adoptivus 14. in pr. & §. 1. ff. de ritu nupt.

Cæteri affines tranſverſi ordinis, ſi fuerint conſtituti in ſecundo 54
lineæ æqualis gradu civilis computationis, conjugio copulari jure civili prohibentur. Nam frater fratris defuncti viduam conjugem habere non poteſt. Neque viduus defunctæ uxoris ſuæ ſororem ſibi conjugem adjungere poteſt. (a) At cæteris gradus ulterioris affinibus jure civili conjugio interdictum non eſt. (b)

a) *l. fratris. 5. l. pen. ult. C. de inceſt nupt.* [b] *§. mariti tamen. Inſt. de nupt. l. generali 34. §. inter privignor. ff. de ritu nupt. l. Titia. 134. in pr. ff. de Verbor. Obligat.*

Iure divino affines ſecundi gradus inæqualis lineæ Canonica com- 55
putatione, jungi matrimonio prohibentur. [a] At tertii gradus qui ſunt non vetantur nexu conjugii ſe obligare. [b] Proindeque ex diſpenſatione Eccleſiaſtici Magiſtratus matrimonialiter jungi poſſunt. (c)

a] *Levit. 18. & 20.* (b) ut apparet ex locis modò citatis; licet nonnulli ex Theologis aliter ſentiant. (c) Ita cenſuit Collegium Facultatis Iuridicæ Tubingenſis, *Anno 1608. menſe Octob.*

Iure autem Canonico affines tranſverſi ordinis uſque ad gradum 56
quartum incluſivè à conjugio abſtinere jubentur.

c. non debet. extr. de conſanguinitat. & affinitat. Didac. Covar. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap 7. numer. 6.* Dn. D. Beſold. *d. nupt. cap. 10. num. 7.* Kizel. *in Synopſi. matrimonial. cap. 3. theor. 11. lit. E. & F. & theor. 12. lit. A.*

Digitized by Google

57 Etsi verò jure Canonico, ut inter cognatos & cognatas, sic & inter affines transversi ordinis, ad quartum usque gradum inclusivè conjugium sit vetitum, ex dispensatione tamen Ecclesiæ, etiam propioris gradus cognatis, & affinibus, justa apparente causa, conjugium inire permittitur, nisi in gradu, qui jure divino sit prohibitus, constituti reperiantur.

c. Literas tuas. §. opinioni autem tuæ. extr. de restitut. spoliator. Ioachim. à Beust. *in tractat. de jure connubior. part. 2. de matrimonii cap. 56.* Beza *Tractat. de divort. pag. 36.* Ioh. Schneidevvin. *ad tit. Instit. de nupt. cap. de arbore Canonica, n. 19. & cap. de arbore affinitat. num. 22.* & Iohan. Borcholt. *tractat. de gradib. pag. 106.*

58 De necessitudine, primo conjugii impedimento, hactenus: Sequitur jam de justitia honestatis publicæ, quæ est jus quoddam ex sponsalibus purè contractis, & matrimonio proveniens, & quarundam personarum conjugium impediens.

c. un. de sponsalib. in 6. Didac. Covar, *in Epit. in dict. lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. num. 2.* Facit huc, quod in conjugiis non solum quod licet, sed & quod honestum est, spectari debet, *l. semper. 42. ff. de ritu nupt. l. semper. 187. ff. de reg. jur.*

59 Impedit autem Iustitia honestatis publicæ, quò minus inter te, & filiam uxoris tuæ post divortium ex alio marito procreatam, vel inter te & sponsam filii tui, aut inter te & patris tui sponsam, conjugium existat.

§. si uxor tua, ubi gloss. & Dd. Iustit. de nupt.

60 Ratione item justitiæ honestatis publicæ conjugem habere prohibetis sponsæ tuæ matrem: [a] fratris tui sponsam, [b] ut alterius cujusque consanguinei tui sponsam. [c] Quod tamen hodie de sponsis tantùm consanguineorum primi gradus canonicæ computationis exaudiendum putant. [d]

a) *Cap. Literæ tuæ. 4. extr. de sponsat. impuber.* (b) *cap. ad audientiam, 4. extr. de sponsalib. Can. si quis. & cap. seq. 27. quæst. 2.* Hotoman. *consil. 38.* Sed obstat *Can. Non est dubium, & Can. seq. 27. quæst. 2.* & ratio, *in d. cap. Ad audientiam, in vers. Sed quoniam scriptum est, extr. de sponsalib.* (c) *cap. si quis. & cap. seqq 27. quæst. 2. cap. sponsalib. cap. un. d. tit. in 6.* (d) Petrus Nicol. Mozz. *in Tractat. de contractib. cap. de matrimon. columnar. num. 39. pag. 1003.*

61 Nunc de tertio conjugii impedimento, infidelitate scilicet, quæ est habitus animi, quo quis à fide Christianâ aversus est. Atque hæc impedit, quò minùs infidelis, veluti Iudæus, vel Turca Christianæ, aut Christianus infidelis fœminæ, veluti Iudææ, vel Turcæ conjugium sortiatur.

L. Ne

Digitized by Google

L. Ne quis. 6. Cod. de Iudæis. Didac. Covarruv. *in dict. epit. in libr. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 11. Consultat constitut. Saxonic quæst. 15.*

Sed an hæreticus, ut qui vel leviargumento à Catholicæ, & veræ 62
Christianæ Religionis Iudicio, & tramite deerrat, (a) fœminam Christianam conjugem habere possit, in quæstionem vocatur? Et licet eam sibi conjugem adiciscat, justum tamen id conjugium esse haud dicendum videtur; quippè, cùm nihil ex moribus, nihil ex legibus hæreticis commune sit cum veræ Christianæ Religionis cultoribus. (b)

a) *L. 2. §. 1. Cod. de hæreticis,* (b) *l. 4. in princ. l. 5. & tot. tit. Cod. de hæreticis. Sed vide, de hac quæstion.* Didac. Covarruv. *in dict. epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 11.*

Imparitas honestatis personarum, quæ est inter marem dignitate 63
præditum, & fœminam humilem & abjectam, veluti ancillam, (a) scenicam, scenicæ filiam, tabernariam, tabernarii, lenonis aut arenarii filiam (b) similiter conjugium jure civili impedit.

a) *Instit. de nupt. in princ. ibi, cives Romani. §. Eádem lege, ibi, aut ancillam matrimonii habendi causa manumitt. non licet, l. 3. Cod. de incest. & inutilib nupt Novell. 22. cap. 9.* (b) *l. Humilem 7. Cod de incest. & inutilib. nupt. l. Lege Iulia. 44. & l. observandum. 49. ff. de ritu nupt. l. si donationem. 22. ibi. Inter pares honestate personas. l. Imperialis. 23. §. penult. Cod. de nupt.* Sed plerique dissentiunt *per Authent. Sed novo jure. Cod. de naturalib. lib. & per Novell. 89 cap. ult.*

Nulla autem dignitas prohibet conjugium fieri cum liberta (modò 64
dotalia conficiantur instrumenta) (a) vel cum paupere ingenua. (b)

a) *Cap. super eo. 22. extr. de testib. & attestat. Novell. 78. cap. 3. & Novell. 117. c. 4. & 6. Auth. Maximus Cod. de nuptiis.* (b) *l. An donationu. 22 §. 7. C. de nupt. & auth. sed novo, Cod. d. l. d. l. 1. Humilem, 7. Cod de incest. & inutilib. nupt,*

Humilis tamen mulier non rectè jungitur personæ illustri. 65

l. Humilem. 7. Cod. de incest. & inutilib. nupt. l. Imperialis 23. §. pen. Cod. de nupt facit text. Novell. 74. in princ. §. Sed & aliud, ubi Ang. *id notat, l. Lege Papia. 23. ff. de ritu nupt.* Socinus. *Consil. 52. num 11. volum 1.* Duennas *Reg 350 in 8. fallent,* Ruinus, *Consil. 8. num. 20. vol 3. & Consil. 92.* Curt. Iun. *Consil. 136.* Bart. *in l. 3. Cod. nupt. & l. si rogatus, ff de manumiss. vind.* Cagnol. *in l. si qua illustris. Cod ad S. Orfic. num. 6.* Nicol. Mozz. *de matrimon. cap. Qui poss. contrab. num. 10.* Schneidevv. *Instit. de nupt. cap. Quæ dic. inutil. nupt. verf. Nono inter Senatores. l.* Duaren. *tit. ff. solut. matrimon. cap. de nupt. part. 3. Inter quas personas contrab. nupt.* Et sentit Wesenbec. *tit. de nupt. num. 4. &* Menoch. *Consil. 18. per totum argum. Novell. 18. 78. §. si quis autem Auth. si quid novo jure. Cod. de naturalib. liber. cap. 2. & cap. ult. extr. de conjug. servor.*

Sed

num. 4. (b) *l. non dubium. 5. C. de legib. cap. non est obligatorium, de reg. jur. in 6.* Schepliz. *in consuet. Brandenb. part. 1. tit. 2. §. 3.*

17 Filiam quod attinet, quamvis ea non nisi maxima ex causa, à parentibus dissentiendi licentiam habeat, (a) non tamen ab illis invita ad hoc vel illud matrimonium cogi debet, (b) etiamsi juraverint, se eam illi viro in matrimonium collaturos. (c)

a) *l. Sed quæ. 12. §. 1. ff de sponsalib.* Sichard. *in l. 4. num. 9. Cod. d. t.* Connan. *dict. cap. 4. num. 4. Gen. cap. 24.* (b) *l. neque. 14. Cod. de nupt. cap. cùm requisivit. 17. & cap. cum locum 14. extr. de sponsalib.* Beza, *Tractat. de repud. & divort. pag. 78.* (c) *cap. si verum & cap. de nuptiis. 31. quæst. 2.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. practic. observ. 42. num. 3. & seq.*

18 Quod si filio, aut filiæ honesta matrimonii contrahendi conditio offeratur, parens autem injuria repugnet, quo minus matrimonium coëatur, liberi illi Magistratum adibunt, qui, si cognoverit, non esse conditionem illam repudiandam coget parentem consentire (a) Et videri debet consentire parens, si nullam dissentiendi causam habere declaretur. (b)

a) *l. capite 19. ff. de ritu nupt. cap. nullus Laicus, extr. de jure patronat.* Duaren. *ad d. tit. solut. matrim cap de nupt. quæst. 2. vers. sequens quæst.* (b) *arg. l. in dotem. 37. ff. de solut. matrim.* Donell. *dict. libr. 13 cap. 20. pag. 104.* Kizel. *in Synops. matrim. cap. 4. theor. 4. lit. G.* Cothman. *resp. 1. num. 233. & 283.*

19 Sed moveri etiam hoc loco & illa potest quæstio, an liberi, ob non requisitum parentis arbitrium in contrahendis nuptiis, exhæredari queant? Et negativa sententia, nisi indignis, & turpibus se adplicuerint, nobis vera videtur: modò tamen filia, si de ea sit quæstio, major sit annis 25.

Novell. 115. cap 3. § si alicui ex prædictis, l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. Coras. *lib 1. Miscell. cap. 17. num 5.* Cujac. *libr. 3. observ. cap. 5. & in Novell. 18. pag. 13.* Conan. *lib. 8. cap. 4. num. 4.* Sichard. *in Auth. Non licet, num. 4. Cod. de liber. prater. & in l. 4. num. 7. Cod. de sponsalib.* Decius *ad l. nuptias, 30. num. 10. ff de reg. jur.* Borcholt. *in d. tractat. de gradib. pag. 68.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 95. num 17. Sed vide* Wesenbec. *in paratit. ff. de liber. & posthum num. 5.* Sichard, *ad l. 5 num. 6. & seqq. Cod. de nupt.* Fachin. *3. controv. 44.* Didac. Covarr. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 3 §. 8. num. 5. & seq.* Duaren. *ad tit. solut matrimon. cap. de nupt. quæst. 2.* Hackelm. *illustr. quæst. disput. 14. thes. 7. lit. C.* Hotom. *illustr. quæst. 9.* Dn. D. Besold. *discurs. d nupt. cap. 9. num 5.* Arum. *exercit. Iustin. 2. thes. 11. lit. B.* Hunn. *in resolut.* Treutl. *volum. 2. disp. 6. quæst. 47.*

Vtili-

Vt liberi, in contrahendis nuptiis explorare debent parentum 20
consensum, sic & pupillus & pupilla, si sponsalia contrahere velint, tutoris autoritatem adhibere legibus jubentur.

l. Si pupillæ. 6. ff. de sponsalibus. facit huc, quod tutor personæ datus est, §. Est *autem tutela, ibi, ad tuendum eum. Instit. de tutel.* & §. *item tria onera, ibi, plurium pupillorum tutela, Instit. de excusat. tutor.* Et ita sentit, quoque Bald. *in l. copulandis. Cod. de nupt.* & Sichard. *in l. si pater. 4. n. 2. & 3. Cod. de sponsalib.* Arnisæ. *d. jur. connubior. cap. 3. sect. 11. fol. 239.* Gentil. *d. nupt. lib. 4. cap. 14.* Dissentit Kling. *Tractat. de causa matrimon. tit. de consensu parentum,* & Hotoman. *consil. 39. num 8. & consil. 41. num. 8. circa finem.*

Curatorum autem, propinquorum, & affinium consensu hîc opus 21
non est, (a) præterquam in casu, quò filia minor 25. annis patre orba alicui nubere intendit, ubi ut dictum fuit, matris, & propinquorum consensus desideratur, (b) aut quo furiosi vel dementis patris liberi matrimonium contrahere præsumunt, ubi similiter propinquorum voluntas, præter authoritatem Magistratus, & Episcopi sive Parochi, item Curatoris necessaria est. (c)

a) *l. sciendum 20. ff. de ritu nupt.* Hotoman. *consil. 39. & 41.* vide Henning. Arnisæ. *de jur. connub. cap. 3. rubr. de consens. tutor. vel curat.* Fürstl. Wirtemb. Ehe-Ordnung. *fol. 184. vers.* was wir auch. *Sed ibi notanda verba in parenthesi posita,* mit seiner Maß. & Schepliz. *in consuet. Brandenb. part. 1. tit. 2. §. 2. numer. 5.* & Bidenbach. *cap 1. quæst. 4.* (b) *dict. leg. in conjunctione 20. Cod. de nupt.* (c) *l. tam dementis 28. Cod. de Episcop. aud. l. si furiosi 25. Cod. de nupt.* Kizel. *in synops. matrim. cap. 4. theor 3. lit. K.*

Cæterùm consensus, de quo hactenus, confirmatur interdum 22
Symbolo conjugii, quod est quoddam insigne testimonium, & argumentum quo novi conjuges fidem de conjugio datam confirmant. Estq; arrha sponsalitia, vel juramentum conjugale.

Arrha sponsalitia (a) est vel aureum numisma (b) vel annulus, 23
(c) vel quid aliud, quod sponsus dat sponsæ, (d) vel hæc illi, (e) in argumentum (f) & pignus (g) fidei de conjugio datæ.

a) Aliàs vocatur sponsalia *l. 3. Cod. de donat. antenupt. l. 1. Cod. si nupt. ex rescripto pet. l. ultim. Cod. de ingen. manumiss. Item sponsalitia, Rubric. Cod. si Rector provinc.* (b) *l. 2. C. quando liceat ab empt. disced.* (c) *a. nostrates 30. quæst. 5. l. si donata. 36. §. 1. ff. de donat. inter vir & uxor. l. 5. §. Item, si Institor. ff. de Instit. act. l. ex empto 11. §. is qui vina. ff. de act empt. Tertul. in Apolog. adversus gentes, annulum pronubum appellat.* (d) *Cujac. lib. 4. observ. cap. 26. in paratit. Cod. de donat. ante nupt.* (e) *De consue-*

consuetudine scilicet sponso quoque sponsa dat arrham, ut experientia testatur, & patet ex Zasii consil. 2. num. 26. & seqq. & consil. 3. num. 15. & 68. part. 2. Item Hotoman. *cons. 41. & docet* Connanus *lib. 8. comment. cap. 2 sub fin.* & ante eum Bald. *in l. Deo nobis. numer. 4. Cod. de Episc. & Cler.* (f) *per §. 1. Instit. de empt. & vendit. l. quod sæpe. 35. in princ. ff. de contrah. empt. & vendit.* (g) *d. l. un. C. si Rector provinciæ.*

24 Pars autem quæ renuit implere matrimonium, si dedit arrhas, amittit eas, (a) si accepit, in duplo illas restituit. (b) Quod si ante impletum matrimonium sponsus vel sponsa decesserit, arrha data in simplo restituitur. (c)

a) *per l. ultim. ff. de leg. commiss. l. contractus. 17. in fin. C. de fide instrum.* Duaren. *ad tit. solut. matrim. cap. de sponsalib quæst. 4.* Cujac. *lib. 11. observ. cap. 17. & in parat. C. tit. de sponsalib.* (b) *l. mulier. 5. Cod d.t.* (c) *l. 3. C. d. t.* Quomodò verò & an sponsi ad contrahendum matrimonium sint compellendi, ostendit Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 3. tit. 18.*

25 Repetitur arrha vel condictione ex lege, si duplum petatur, (a) vel condictione sine causa, si petatur simplum. (b)

a) Est enim hæc legitima pœna *l. contractus. 17. in princ. Cod. de fide Instrument.* Cujac. *dict. cap. 17. in princ.* (b) *per d. l. 2. C. quando lic. ab empt. discedere.* Cujac. *17. &* Sichard. *in l. fin. numer. 7. C. de sponsalib.* de arrhis vide plura apud Didac. Covar. *in epit. in lib. 4. Decret. cap. 3. §. 7. &* Sichard. *in d. l. mulier. C. de sponsalib. &* Zas. *d. cons. 2. & 3. part. 2. &* Hotoman. *d. cons. 39. n. 16. & seqq. & cons. 41. n. 6. & seqq.*

26 Succedit juramentum conjugale, quod est, quo unus alteri, Deo vocato teste, fidem suam de conjugio astringit. Vt si ita dicat sponsus: Iuro & tibi fidem do, Deumque & hunc amicorum cœtum contestor, me nunquam, te viva uxorem aliam; præter te unam habiturum: idq; sub periculo damnationis animæ meæ allevero.

c. ad audientiam. 4. & cap. 5. de illis autem. c. ex parte 9. c. ex literis. 10. extr. de sponsalib.

27 Adhuc de consensu ad constituendum matrimonium necessario: succedit personarum nuptias contrahentium aptitudo. Aptos ad matrimonium contrahendum dicimus quos neque ætas, neque necessitudo, neque justitia honestatis publicæ, neque infidelitas, neque imparitas honestatis personarum, neque tutelæ, vel curæ administratio impedit.

28 Necessitudo, quæ impedit conjugium, est vel cognatio, vel affinitas, quæ duo sunt species necessitudinis.

l. uls. ff. de justit. & jur. de ætate contrahentium nuptias dictum est hac disp. th. 1.

Co-

Cognatio est necessitudo inter parentes & liberos, fratres & sorores,& qui ex his orti sunt. Estque vera,aut quasi cognatio. 29

Vera cognatio est personarum, quæ ex eodem sanguine natæ sunt. *(a)* Atque in hac spectantur tum ordo, & gradus cognatorum: (quæ duo inter se differunt) *(b)* tum ad quem usque gradum inter cognatos prohibitum sit conjugium. 30

a) *l. 4. §. 1. & 2. l. Iurisconsultus. 10. §. 1. 2. & seqq. ff. de gradib. §. 1. Instit. de legit. agnat. tutel. l. 1. §. 1. ff. Vnde cognat.* Didac. Covar. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6 § 6. n. 1. 2. & 3.* (b) *l. 1. in pr. ff. de gradib.*

Cognatorum ordo ,quem leges, itemque Canones etiam lineam vocant, *(a)* est collectio cognatorum ,quâ ipsi cognati seriatim continentur,& invicem numero distinguuntur. *(b)* Estque vel superior , vel inferior,vel transversus. *(c)* 31

a) *l. Stemmata. 9. ff. de gradibus, c. quod dilectio, extr. de consang. & affinitat.* (b) Didac. Covarruvias. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 6. num. 4.* (c) *d. l. 1. in princ. ff. de gradib. & §. 1. Instit. d. t.*

Superior ordo est parentum , interior liberorum: *(a)* illos ascendentes, hos descendentes appellamus. *(b)* Transversus ordo, quem Iustinianus transversum gradum vocat *(c)* est fratrum & sororum , & qui ex his oriuntur. *(d)* 32

a] *d. §. 1. Inst. de gradib. cognat. & d. l. 1. in pr ff. de gradib. c primo gradu. 35. quæst. 5.* (b) *l. si quis. 6. C. de incest. & inutilib. nupt. l. ult. ff. de rit. nupt.* (c) *§. inter eas, Instit. de nupt.* (d) *d. §. 1. Instit. de gradib. cog. d. l. 1. in pr. ff. d. t. & d. c. primo gradu. 35. quæst. 5.* Borcholt. *tractat. singul. de gradib.*

Gradus verò est intervallum, quo cognatus à cognato per suam generationem distat. Quævis enim generatio gradum adjicit jure civili. *(a)* Vnde jure feudorum gradus vocatur geniculum. *(b)* 33

a) *§. Hactenus, Instit. de gradib. d. l. Iurisconsultus. 10. §. nam quotiens, ff. d. t.* Fratres tamen & sorores licet plures sunt, quàm duo, semper tamen sibi invicem secundo sunt gradu, *l. 1. §. 1. l. Iurisconsultus 10. §. secundo gradu, ff. dict. tit.* (b) *tit. 1. §. hoc quoque sciendum. lib. 1 feudor.*

Iure verò Canonico licet in ascendentium & descendentium ordine similiter generatio personæ gradum faciat, in ordine tamen transverso aliquali quôto gradu alteruter cognatus à communi stipite distat, eodem etiam gradu ab altero cognato, de cujus cognatione quæritur, distare traditur, unde duo fratres vel sorores, aut frater & soror Iure Canonico distant primo gradu, duo patrueles verò gradu secundo. 34

c. ad sedem. §. namque duo. 35. quæst. 5. Didac. Covarruv. *in Epitom. in libr. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. num. 7.*

35 In ordine verò sive linea inæquali, quoto gradu remotior cognatus à communi stipite distat, eodem etiam gradu Iure Canonico distat ab eo, de cujus cognatione quæritur. Vnde frater à fratris filia distat gradu secundo. Nam fratris filia, quæ remotior est à communi stipite, ab eodem distat secundo gradu; Item filius meus distat à fratris mei pronepte gradu tertio proneptis enim à communi stipite distat gradu tertio.

C. quod dilectio, & c. ult. extr. de consanguinitat. & affinitat. Didac. Covarruvias, *dict. cap. 6. num. 7. vers. Tertia regula.*

36 His ita cognitis, videndum, ad quotum usque gradum inter cognatos prohibitum sit conjugium. Cognati superioris & inferioris ordinis, ut sunt parentes & liberi, licet remotissimi sint gradus, conjugio divinciri non possunt.

§. Ergo non omnes. 1. Inst. de nupt. l. nuptiæ. 59. l. qui etiam. 55. & l. ult. ff. de rit. nupt.

37 Quod si jungantur hi cognati, nuptiæ eorum nefariæ, & incestæ dicuntur juregentium.

d. §. ergò Non omnes. 1. vers. & si tales. Instit. de nupt. d. l. ult. ff. de ritu nupt. l. si quis 6. C. de incest. & inutilib. nupt. Novell. 12. cap. 1. l. si adulterium. 38. §. quare mulier ff. ad Leg. Iul. de adulter.

38 Cognati ordinis sivè lineæ transversæ, si fuerint in secundo Iuris civilis gradu, ut frater & soror, jungi vinculo matrimoniali prohibentur, sive ab eodem patre, eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum.

§ Inter eas quoque personas, 2. Inst. de nupt. l. nemini. 17. C de nupt.

39 Si verò in quarto ejusdem juris sint gradu, vel ulteriori, jure civili rectè junguntur.

§. Duorum. 4. Instit. de nupt. l. 3. l. non solùm 67. §. 1. de ritu nupt. l. celebrandis. 19. C. de nupt. Cœpen. *lib. 1. obs. 39.*

40 Iure autem Canonico (quod in hâc causa plerunque sequimur) cognatis, lineæ sive ordinis transversi, æqualis, ad quartum usque gradum inclusive interdictum est conjugio.

c. Non debet. extr. de consang. & affinit. vide Didac. Covarruv. *in epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 6. num. 10.*

41 Cognati verò transversi ordinis inæqualis, si parentum & liberorum locum obtineant, veluti frater, aut soror, & fratris, aut sororis filiâ, filius; nepos, neptis; pronepos, proneptis, abnepos, abneptis: adnepos, adneptis: Trinepos trineptis; omni gradu etiam remotissimo conjugii vinculo necti prohibentur, tam jure civili (a) quam jure canonico (b) & divino (c) jure.

a) *§. Fratris verò 3. & §. item amitam; 5. Instit. de nupt. l. sororis. 39. in princ.*

Digitized by Google

princ. ff. de ritu nupt. l. ultim. C. de incest. nupt. l. nemini 17. C de nupt. Reusner *vol. 1. consil. 8.* (b) *c. quod dilectio, extr. de consang & affinit.* [c] *Levit. cap. 18. & 20.* Quid verò si invitis agnatis Sacerdos quidam ab officio remotus, inter consobrinos matrimonium consumat, an valeat. Vide Pingizer. *lib. quæstion. decad. 2. quæst. 12.*

Si autem non obtineant parentum & liberorum locum cognati transversi ordinis inæqualis, jure quidem civili, *(a)* ut & divino *(b)* jure, justo devinciuntur conjugio: at Iure Canonico, si unus vel una secundo, alter, vel altera quinto gradu distet à communi stipite, conjugio sociari prohibentur. *(c)* Cæteris verò cognatis transversi ordinis inæqualis conjugio interdictum non est. Vir enim, qui à stipite quarto gradu, & mulier, quæ ex alio latere distat gradu quinto, licitè possunt matrimonialiter copulari. [d] 42

a) Nullibi enim prohibitum est conjugium inter hos cognatos jure civili (b) *c cum igitur. 35. quæst. 1. exempla extant Genes. 29 Iohan. 15. & Iudic. 1.* [c] *arg c. quod dilecto. extr de consang. & affinitat.* Dissentit Mozz. *Tractat. de contractib. & quidem Tractat. de matrim. cap. ultim. numer. 17. &* Duaren. *ad Tit. solut. matrim. cap. de nupt. quæst. 3.* [d] *c. ult. extr. de consang. & affinit.*

Quod autem hactenus de cognatione dictum est, exaudiri quoque debet de cognatione servili: si fortè pater & filia: aut frater & soror manumissi fuerint. 43

§. Illud certum, 10. Instit. de nupt. l. libertinus. 8. & l. adoptivus. 14. §. serviles. 2. ff. de ritu nupt. Vide supr. disput. 6. thes. 16. lit. D. in fin.

Et hæc de vera cognatione. Quasi cognatio est, quæ citra jus sanguinis ingenio humano inventa inter aliquos consistit: Estque legalis, vel spiritualis. 44

C. un. extr. de agnat. legal. & tot. tit. extr. de agnat. spirituali.

Legalis cognatio est, quæ adoptione constituitur, *(a)* & quidem inter eos adoptivos, qui si naturales essent, agnatorum jus haberent, *(b)* quod non habent liberi, sororis meæ adoptivæ, cum cognatio non à fœminis, sed à masculis descendat. *(c)* Vnde filia sororis meæ adoptivæ mea cognata non est. *(d)* 45

a) *Dict. c. un. extr. de cognat. legal. l. 4. §. cognationis, ff. de gradib.* (b) *l. si qua mihi. 12. §. fin. ff. de ritu nupt.* (c) *§. 1. Instit. de legit. agnator. succeff.* (d) *d. l. si qua mihi 12. ff de ritu nupt.*

Hæc cognatio copulari vetat, adoptivum patrem & adoptatam filiam, non solùm durante adoptione, sed etiam ea dissoluta. *(a)* Vnde *(b)* fœmina, quæ ex indulgentia Principis adolescentem adoptavit, *(c)* eum sibi virum habere non potest. 46

Digitized by Google

a) §. 1. *vers. Et hæc adeo Instit. de nupt. l. quin etiam. 55. in princ ff. de ritu nupt.* (b) Quia pater nec emancipatam filiam ducere uxorem potest. Didac. Covarruvias. *in Epit. in libr. 4. Decretal. cap. 6. §. quinto, n. 1. pagin. 97.* (c) *De qua in §. Fœmina quoque, Instit. de adopt. & l. mulierem. 5. Cod dict. t.*

47 Similiter amitam, aut amitam magnam adoptivam nemo conjugem habere potest; *(a)* nec potest quisquam habere conjugem sororem adoptivam, à patre adoptatam, quandiu scilicet consistit adoptio, aut ipse frater patria potestate tenetur. *(b)*

a) §. *Item amitam. 5. Instit. de nupt. & l. per adoptionem. 17. in fin. ff. de ritu nupt.* (b) §. *inter eas. 2. vers. Sed si qua. Instit. de nupt. l. Qui adoptionem. 23. ff. de adopt, d. l. per adoptionem. 17. in pr. ff. de ritu nupt.*

48 Spiritualis cognatio est compaternitas; utquæ per Catechismum, Baptismum, vel confirmationem constituitur inter testem baptismi, & personam baptisatam, ejusque parentes.

c. contracto. extr. de cognat. spiritual. & tit. eod. in 6. c. ante Baptismum. de consecrat. distinct. 4. l. qui alumnam. 26. C. de nupt.

49 Etsi verò hæc cognatio apud Pontificios, nuptiis impedimentum creet: *(a)* In Ecclesiis tamen Augustanæ Confessionis nihil quicquam conjugio obstare dicitur. *(b)*

a) *Tot. d. tit. extr. de cognat. spiritual. & tit. eod. in 6. d. l. qui alumnam. 26. C. de nupt.* Didac. Covar. *in Epit. in 4. lib. Decretal. part. 2. c. 6. §. 4* (b) Philipp. Melanth. & Simon. Pauli *in locis suis communib. sub loco de conjugio*, item Melanth. *in Ethic. cap. de arbore consanguinitat. infr. hac disp. th. 78. lit. D. in fin.*

50 Sequitur de affinitate: quæ est necessitudo *(a)* justis nuptiis jure civili, *(b)* aut quovis coitu, jure canonico, *(c)* tum inter eandem marem & fœminam, *(d)* tum utriusque cognatos *(e)* contracta.

a) *l. ultim. ff. de justit. & jur.* (b) *l. 4. §. sed quoniam, & §. sciendum ff de gradibus.* Sponsalibus propriè affinitas non constituitur. *l. si quæ mihi. 12. § 1. & 2. ff. de ritu nupt. §. si uxor. 5. Instit. de nupt.* (c) *c. discretionem. & c. pen. extr. de eo, qui cognovit consang. uxor. suæ.* Didac Covarruv. *in Epit in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 7. num. 2. & 3.* (d) *l. quod Servius. 7. ibi, donec maneat inter eos affinitas. ff. de condit. caus. dat. non secut.* (e) *ut arguit dict. l. non facilè. 4. §. sed quoniam. 3. vers. Affines. ff. de gradibus. & §. Maritis tamen. 8. Instit. de nupt. collatus scilicet ad §§. præcedentes*, Duaren. *in commentar. ad tit. solut. matrim cap. de nupt. quæst. 3.* Dissentit Cujac. *in paratit. ff. de gradib.* & Vult. *lib. 1. Iurispr. Roman. c. 18. pag. mihi. 103.* Iure tamen Canonico Conjunx tantùm & conjugis cognati inter se affines sunt. *c. quod super. extr. de consangu. & affinitat*

Tria

Digitized by

Tria illa affinitatis genera à canoniſtis conficta, (a) non agnoſci- §1
mus. (b)

a) *in c. non debet §. cum ergo, in verb. ſecundo & tertio', extr. de conſanguinitat. & affinitat.* (b) *per d. c. quod ſuper. extr. dict. tit.* Innocent. *in dict. cap. non debet, extr. eod. tit.*

Etſi vero affinitatis gradus proprii ſint nulli; (a) in conjugendis §2
tamen affinibus cognatorum gradus ſpectamus. (b)

a) *l. non facile. 4. §. Gradus 5. ff. de gradib.* (b) *l. Iuriſconſultus. 10. in pr. ff. d. t. c. non debet. extr. de conſanguinitat. & affinitat.*

Affines autem qui parentum & liberorum locum obtinent, conju- §3
gio devinciri non poſſunt, ſed eos copulari nefas eſt. Nam privignam tuam, vel nurum, vel ſocum, vel novercam tibi conjugem quærere non potes. Neque adoptivus, ſi emancipetur, eam, quæ patris adoptivi uxor fuit, ducere poteſt: quia novercæ locum habet: Nec poteſt adoptivus pater filii adoptivi uxorem ducere, etiam poſt emancipationem, eò quòd nurus loco eſt.

d. l. 4. §. Hos itaque, ff. de gradib. §. affinitatis quoque. 6. Inſtit. de nupt. l. adoptivus 14. in pr. & §. 1. ff. de ritu nupt.

Cæteri affines tranſverſi ordinis, ſi fuerint conſtituti in ſecundo §4.
lineæ æqualis gradu civilis computationis, conjugio copulari jure civili prohibentur. Nam frater fratris defuncti viduam conjugem habere non poteſt. Neque viduus defunctæ uxoris ſuæ ſororem ſibi conjugem adjungere poteſt. (a) At cæteris gradus ulterioris affinibus jure civili conjugio interdictum non eſt. (b)

a) *l. fratris. 5. l. pen. ult. C. de inceſt nupt.* [b] *§. mariti tamen. Inſt. de nupt. l. generali. 34. §. inter privignor. ff. de ritu nupt. l. Titia. 134. in pr. ff. de Verbor. Obligat.*

Iure divino affines ſecundi gradus inæqualis lineæ Canonica com- §5
putatione, jungi matrimonio prohibentur. [a] At tertii gradus qui ſunt non vetantur nexu conjugii ſe obligare. [b] Proindeque ex diſpenſatione Eccleſiaſtici Magiſtratus matrimonialiter jungi poſſunt. (c)

a] *Levit. 18. & 20.* (b) ut apparet ex locis modò citatis; licet nonnulli ex Theologis aliter ſentiant. (c) Ita cenſuit Collegium Facultatis Iuridicæ Tubingenſis, *Anno 1608. menſe Octob.*

Iure autem Canonico affines tranſverſi ordinis uſque ad gradum §6
quartum incluſivè à conjugio abſtinere jubentur.

c. non debet. extr. de conſanguinitat. & affinitat. Didac. Covar. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap 7. numer. 6.* Dn. D. Beſold. *d. nupt. cap. 10. num. 7.* Kizel. *in Synopſi. matrimonial. cap. 3. theor. 11. lit. E. & F. & theor. 12. lit. A.*

57 Etsi verò jure Canonico, ut inter cognatos & cognatas, sic & inter affines transversi ordinis, ad quartum usque gradum inclusivè conjugium sit vetitum, ex dispensatione tamen Ecclesiæ, etiam propioris gradus cognatis, & affinibus, justa apparente causa, conjugium inire permittitur, nisi in gradu, qui jure divino sit prohibitus, constituti reperiantur.

c. Literas tuas. §. opinioni autem tuæ. extr. de restitut. spoliator. Ioachim. à Beust. *in tractat. de jure connubior. part. 2. de matrimonii cap. 56.* Beza *Tractat. de divort pag. 36.* Ioh. Schneidewin. *ad tit. Instit. de nupt. cap. de arbore Canonica, n. 19. & cap. de arbore affinitat. num. 22.* & Iohan. Borcholt. *tractat. de gradib. pag. 106.*

58 De necessitudine, primo conjugii impedimento, hactenus: Sequitur jam de justitia honestatis publicæ, quæ est jus quoddam ex sponsalibus purè contractis, & matrimonio proveniens, & quarundam personarum conjugium impediens.

c. un. de sponsalib. in 6. Didac. Covar, *in Epit. in dict. lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. num. 2.* Facit huc, quod in conjugiis non solum quod licet, sed & quod honestum est, spectari debet, *l. semper. 42. ff. de ritu nupt. l. semper. 187. ff. de reg. jur.*

59 Impedit autem Iustitia honestatis publicæ, quò minus inter te, & filiam uxoris tuæ post divortium ex alio marito procreatam, vel inter te & sponsam filii tui, aut inter te & patris tui sponsam, conjugium existat.

§. si uxor tua, ubi gloss. & Dd. Instit. de nupt.

60 Ratione item justitiæ honestatis publicæ conjugem habere prohiberis sponsæ tuæ matrem: [a] fratris tui sponsam, [b] ut alterius cujusque consanguinei tui sponsam. [c] Quod tamen hodie de sponsis tantùm consanguineorum primi gradus canonicæ computationis exaudiendum putant. [d]

a) *Cap. Literæ tuas. 4. extr. de sponsat. impuber.* (b) *cap. ad audientiam, 4. extr. de sponsalib. Can. si quis. & cap. seq. 27. quæst. 2.* Hotoman. *consil. 38.* Sed obstat *Can. Non est dubium, & Can. seq. 27. quæst. 2.* & ratio, *in d. cap. Ad audientiam, in vers. Sed quoniam scriptum est, extr. de sponsalib.* (c) *cap. si quis. & cap. seqq 27. quæst. 2. cap. sponsalib. cap. un. d. tit. in 6.* (d) Petrus Nicol. Mozz. *in Tractat. de contractib. cap. de matrimon. columnar. num. 39. pag. 1003.*

61 Nunc de tertio conjugii impedimento, infidelitate scilicet, quæ est habitus animi, quo quis à fide Christianâ aversus est. Atque hæc impedit, quò minùs infidelis, veluti Iudæus, vel Turca Christianæ, aut Christianus infidelis fœminæ, veluti Iudææ, vel Turcæ conjugium sortiatur.

L. Ne

L. Ne quis. 6. Cod. de Iudæis. Didac. Covatruv. *in dict. epit. in libr. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 11. Conſultat conſtitut. Saxonic quæſt. 15.*

Sed an hæreticus, ut qui vel leviargumento à Catholicæ, & veræ 62
Chriſtianæ Religionis Iudicio, & tramite deerrat, (*a*) fœminam Chriſtianam conjugem habere poſſit, in quæſtionem vocatur? Et licet eam ſibi conjugem adiciſcat, juſtum tamen id conjugium eſſe haud dicendum videtur; quippè, cùm nihil ex moribus, nihil ex legibus hæreticis commune ſit cum veræ Chriſtianæ Religionis cultoribus. (*b*)

a) *L. 2. §. 1. Cod. de hæreticis,* (b) *l. 4. in princ. l. 5. & tot. tit. Cod. de hæreticis. Sed vide, de hac quæſtion.* Didac. Covatruv. *in dict. epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 6. §. 11.*

Imparitas honeſtatis perſonarum, quæ eſt inter marem dignitate 63
præditum, & fœminam humilem & abjectam, veluti ancillam, (*a*) ſcenicam, ſcenicæ filiam, tabernariam, tabernarii, lenonis aut arenarii filiam (*b*) ſimiliter conjugium jure civili impedit.

a) *Inſtit. de nupt. in princ. ibi. cives Romani. §. Eadem lege, ibi, aut ancillam matrimonii habendi cauſa manumitt. non licet, l. 3. Cod. de inceſt. & inutilib. nupt. Novell. 22. cap. 9.* (b) *l. Humilem. 7. Cod de inceſt. & inutilib. nupt. l. Lege Iulia. 44. & l. obſervandum. 49. ff. de ritu nupt. l. ſi donationem. 22. ibi. Inter pares honeſtate perſonas. l. Imperialis. 23. §. penult. Cod. de nupt.* Sed plerique diſſentiunt *per Authent. Sed novo jure. Cod. de naturalib. lib. & per Novell. 89. cap. ult.*

Nulla autem dignitas prohibet conjugium fieri cum liberta (modò 64
dotalia conficiantur inſtrumenta) (*a*) vel cum paupere ingenua. (*b*)

a) *Cap. ſuper eo. 22. extr. de teſtib. & atteſtat. Novell. 78. cap. 3. & Novell. 117. c. 4. & 6. Auth. Maximis Cod. de nuptiis.* (b) *l. An donationu. 22 §. 7. C. de nupt. & auth. ſed novo, Cod. d. l. d. l. 1. Humilem, 7. Cod. de inceſt. & inutilib. nupt.*

Humilis tamen mulier non rectè jungitur perſonæ illuſtri. 65

l. Humilem. 7. Cod. de inceſt. & inutilib. nupt. l. Imperialis 23. §. pen. Cod. de nupt facit text. Novell. 74. in princ. §. Sed & aliud, ubi Ang. *id notat, l. Lege Papia. 23 ff. de ritu mupt.* Socinus. *Conſil. 52. num 11. volum 1.* Duennas *Reg 350 in 8. fallent.* Ruinus, *Conſil. 8. num. 20. vol 3. & Conſil. 92.* Curt. Iun. *Conſil. 136.* Bart. *in l. 3. Cod. nupt. & l. ſi rogatus, ff de manumiſſ. vindic* Cagnol. *in l. ſi qua illuſtris. Cod ad S. Orfic. num. 6.* Nicol. Mozz. *de matrimon. cap. Qui poſſ. contrab. num. 10.* Schneidevv. *Inſtit. de nupt. cap. Quæ dic. mutil. nupt. verſ. Nono inter Senatores. l.* Duaren. *tit. ff. ſolut. matrimon. cap. de nupt. part. 3. Inter quas perſonas contrab. nupt.* Et ſentit Weſenbec. *tit. de nupt. num. 4. &* Menoch. *Conſil. 18. per totum argum. Novell. 18. 78. §. ſi quis autem Auth. ſi quid novo jure. Cod. de naturalib. liber. cap. 2. & cap. ult. extr. de conjug. ſervor.*

Sed

66 Sed nunquid clericis interdictum est matrimonio? Etsi ita videatur dicendum, Leges tamen Canonicæ, ut clericis non adimunt uxores, quas ante clericatum duxerunt, ita nec clericos ducere uxores vetant.

Utriusq; generis Leges Canonicas collegit, D. Andreas Oliander, *in Epistola Synodica, scripta ad* Iohan Pistorium *Nidanum Constantiensem Vicarium*. Christin. *lib. 2. decis. 47.* Dn. D. Hafenreffer. *in loc. Theologic. loc. 7. de Sacrament. pag. m 576. & loc. de coniug 10. pag. 773. adde* Dn. D. Theodor. Thum. *in Synops. præcep. artic. fidei, in loc. d. cœlibat. Sacerdot. pag. 323. & seqq.*

67 Quæritur & illud, num mas viduus licitas contrahat nuptias cum fœmina, quàm vivente priore uxore carnaliter cognovit? Si nescia fuit ea fœmina, quod uxorem habuerit, nec quicquam machinata est, in illius uxoris necem; vel si scivit illud matrimonium, non tamen fidem invicem de conjugio dederunt, potest jure uxor duci.

Cap. 1. & ult c. 2. 3. & 4. extr. de eo, qui duxit matrimon. quam per adulter. poll. Can. Denig. 31. quæst. 1. Vide Philip. Melanth. *in locis Theolog. loco de conjugio*: Nicol. Hemmig. *Tractat. de conjugio, fol. 214.* Oliand. *3. Reg. 12.* Simon Paul. *de conjugio.* Si autem vir cum uxore alienâ concumbat, eam ducere postea non potest jure civili. *l. Claudius. 13. ff. de his, quæ ut indig.* & in genere, de secundis nuptiis exquisitè differit IC. Eximius Dn. D. Besold. *de trib. domest. societ. specieb. c. 12.*

68 Restat ultimum conjugii impedimentum, tutelæ scilicet, & curæ administratio, quæ jure civili impedit, quo minus tutor pupillam suam habere sponsam, vel curator sponsam aut uxorem habere possit eam, cujus tutelam vel curam gerit? Item, quò minùs filio tutoris vel curatoris jungi possit pupilla, vel adulta, quæ in patris tutela vel cura est.

L. Tutor. 15. ff de sponsalib. l. tutor. 35. l. Senatusconsulto. 59. l. Quamquam. 62. §. ult. l. Libertam. 64. §. 1. l. Non est. 66. l. Non solùm. 67. ff. de ritu nupt. l. 1. l. si patris 6. & l. seq. Cod. de interdict. matrimon. inter pupill. & tutor. seu curator filiosq; eor. Sed vide Mozz. *in Tractat. de contractibus, tit. de matrimon cap. Qui poss. contrah. matrimon. num. 16. & 17.* Hodiè tamen de Iure Canonico & consuetudine Germaniæ, inter tutorem & pupillam matrimonium admitti probat Beust. *d. matrim. c. 21.* Kizel. *Synops. matrim. c. 3. theor. 18. lit. F.*

69 Adhuc etiam de personarum nuptias contrahentium aptitudine: Proximum nunc est, ut de celebritate nuptiarum dispiciamus; ubi considerandæ tùm celebritas ipsa, tùm tempus celebrandarum nuptiarum.

70 Iure Iustinianeo (*a*) ut & divino jure, (*b*) deductio sponsæ in domum sponsi desiderari videtur: ut Canonico jure exigitur, ut in Ecclesiis matrimonia per ministrum Ecclesiæ publicè proponantur, competenti

petenti termino præfinito, ut intra illum, qui voluerit, & valuerit, legitimum impedimentum opponat. (c) Item, ut vir & uxor accedentibus Eccleſiæ precibus & benedictione adhibita per miniſtrum verbi divini jungantur, & copulentur. (d)

a) *L. Cùm fuerit. 15 ff de condit. & demonſtrat. l. Cùm in te. 6. Cod de donat. ante nupt. l. ſancimus. 24. C. de nupt. l. Mulierem. 5. l Denig. 6. de ritu nupt. l. 2. § 1. & 2. ff de his, quæ ut indign. l Quæſitum. 9 ff de ſponſalib. l. Dotis promiſſio 68 ff. de jure dot. l. Cùm hic ſtatus. 32. §. ſi quis ſponſam, ff. de donat. inter vir. & uxor* Bald. *in c. Iuravit, num. 10. extr. de probat.* Bulgar. *in l. Nuptias. 30 ff de reg jur.* Hotoman. *lib. quæſt illuſtr quæſt. 25 & lib 5. obſerv. c. 6.* prolixè probatur, *in cent. quæſt. miſcell* Dn. Authoris, *junct. tract. d. monet. quæſt 6.* Diſſentiunt Duaren. *ad tit. ſolut. matrimon. c. de nupt. quæſt. 2.* Andr. Gail. *lib. 2. Obſerv. 80. num 4.* Cujac. *in paratit. Cod. de nupt.* Donell. *lib. 13. Commentar. c. 20.* Iohan. Borcholt. *Tractat. de gradib. pag. 82. & ſeqq.* (b) *Deut. c. 20 & Matth 1.* (c) De hâc publicatione, vide omninò Menoch. *conſil 69. & conſil 199 c. Cùm inhibitio, ubi gloſſ. & Canoniſta, extr. de Clandeſtin. deſponſat. Concil Trident. Seſſ 24.* Blarerus *in repetit. l. Diffamari Cod. de ingen. manumiſſ. c 2. n 23. pag. 61.* Berlich. *deciſ. aureâ. 76.* (d) *c. Nulli. 35. quæſt 2. c. Aliter. c. Nullus. c. Noſtrates, §. Primum. c. Sponſus. 30. quæſt. 5. c ult. diſtinct. 23. c. 1. & cap. vir. autem extr. de ſecundis nupt Novell. Leon. 89.* Franciſc. Hotoman. *lib. quæſt. illuſtr. quæſt. 25. & lib 5. obſerv. 9.* Cujac. *ad Rubr. Tit extr. de ſponſalib. & matrimon.* Honded. *conſult. 87. vol. 2. part. 6. num. 14.* Cypræus *d. connub. part. 1. de ſponſal. c. 11. §. 14. 15. 19. & ſeqq.*

Dotalia quoque inſtrumenta quandoque requiruntur. 71

Novell. 78. c. 3. & Novell. 117. c. 4. & c. 6. Cujac. *ad Novell 22 pag. 150. Sed vide Novell. 74. c. 4. in princ. confer diſput. ſequent. theſ. 9. Vbi ei. alia.*

Ad matrimonii conſumationem quorundam locorum ſtatutis & moribus illud etiam requiritur, ut conjunx in cubiculum & thorum novi mariti venerit, ſi ſuperſtes ex bonis defuncti, vel defunctæ conjugis lucrari quid velit. 72

Hujuſmodi ſtatutum laudatiſſimus hic habet Ducatus Würtembergicus, Alt-Landrecht/ *pag. 531. tit.* Wie Eheleut in vorgemeldten Fällen verſtanden werden ſollen. New-Landrecht. *part. 4. tit. 2. in princ. Vbi* zu jhrem ehelichen Beylager kommen / vnnd die Decke beſchlagen. Vide Dn. D. Beſold. *in diſput. 4 ad Stat. Würtemb. theſ. 6 & in tract. d. nupt. tit. de ſponſal. num 9. ubi alios allegat.*

Porrò, ut & juſtum celebrandarum nuptiarum tempus nunc attingamus, Iure Canonico cautum eſt, ne tempore quadrageſimali, aliiſque 73

L abſtinen-

abstinentiæ diebus, aut tribus septimanis, quæ Iohannis Baptistæ festum præcedunt, ut nec ab adventu Christi usque ad Epiphaniam nuptiæ celebrentur.

Can. vir. §. fin. & 4. Can seqq. 35. quæst. 5. 6. Capellanus. 4. extr. de feriis.

74 Reliquum nunc est, ut de matrimonii dissolutione dispiciamus. Ea autem contingit, vel morte naturali alterutrius conjugis, vel divortio.

75 Morte naturali soluto matrimonio integrum est superstiti conjugi ad aliud convolare matrimonium, non solùm jure civili, (a) sed & divino jure. (b)

a) *L. Liberorum. 11. §.* Pomponius, *ff. de his, qui notant. infam. l. 1. Cod. de secund. nupt.* (b) *Roman. c. 7. & 1. ad Corinth. c. 7.* Quomodò autem mors absentis conjugis probetur. *Docet* Didac. Covarruv. *in Epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. cap. 7. num 3.* & Ioseph. Mascard. *de probat. vol. 1. conclus. 1073. num. 3. & 4.* Speckhan. *cent. 2. class. 2. quæst. 1.* Arnisæus *de jur. connub. c 3, sect 3. & sect. 6.*

76 Civilis autem mors non dissolvit matrimonium.

Novell. 22. de nupt. c. 8. quod autem. l. sed si mors. 13. §. 1. ff. d. donat. int. vir. & uxor. l. res uxoris. 24. §. sin autem Cod. eod. l. 1. Cod. de repud. Gail. *lib. 2 de pac. public. c. 10 num. 18.* Kizel. *in Synops. matrim c. 3. theorem. 15 lit. D. & cap. 8. theor. 3. lit. D. E. & G.* adde *disput. 6. thes. 19. circ. med.*

77 Divortium est separatio conjugum, judicio Magistratus Ecclesiastici ex causa facta. Ejus species duæ sunt: Una, quâ declaratur matrimonium nullum, & inutile. Altera, quâ dissolvitur matrimonium jure contractum.

Cap. Porrò. 3. extr. de divort. c. veniens ad Apostolicam. 13. & c. Cùm in Apostolica 18. extr. de sponsal. lib.

78 Nullum & inutile est matrimonium, vel ob personæ, (a) aut conditionis (b) errorem, vel si per vim & metum sit contractum (c) vel ratione necessitudinis, (d) aut Iustitiæ honestatis publicæ, (e) vel denique ex causa impotentiæ coëundi. (f)

a) Veluti, si mas putatur Vergilius, cùm sit Plato, vel è converso, *c. un. 29. quæst. 1. c. Tua. 26. extr. de sponsalib.* Didac. Covarruv. *in lib. 4. Decretal. part. 2. c 3. & 7. num. 1.* (b) veluti; si quis ingenuus ex errore ancillam acceperit uxorem, vel ingenua errore decepta servo nupserit, & à servitute persona conditionis servilis redimi non possit. *c. 2. 3. & 4. causa. 29. quæst. 2.* Didac. Covarruv. *in lib. 4. Decretal. c. 3. §. 7. num. 1. vers. Is autem, qui contrahit cum Maria.* Arnisæus *de jur. connub. c. 2. section. 2.*

Digitized by Google

ction. 2. 3. & 4. (c) *c. de muliere. 6. c. veniens ad nos. 15 c. ad id 21. c. Consultationi. 28. c. requisivit, 17. extr de sponsalib. & c. Insuper, extr. qui matrim. accusar. poss.* Ex quibus locis tamen intelligitur, ex hâc ratione eatenùs inutile esse matrimonium, quatenùs posteà illud non fuerit vel tacito consensu firmatum, veluti cohabitatione anni unius & dimidii, aut commixtione carnali Beust. *de matrim. part. 2. c 44. fol. mihi. 166.* (d) Si scilicet in gradibus prohibitis sit contractum. De cognatis est textus, *in c. Porrò extr. de divort. c ult. extr. de matrim contract. contra interdict. Eccles c. veniens. 15. extr. de sponsalib. c. Videtur. extr. Qui matrimon. accusare poss.* De Affinibus *est textus, in c. 1. extr. de consang. & affinit. c. un. ibi, affinitatu ratione nulla sit. de sponsalib in 6 & tot. tit. extr de eo, qui cognovit consang. uxor. suæ.* Iudex tamen Ecclesiasticus quandoque super matrimonio in prohibitis gradibus contracto dispensat. *c. ult. Vbi Canonistæ, extr. de divortiis.* De civilibus cognatis est text. *in c. unic. extr. de cognat. leg.* De spiritualibus cognatis est *tot. tit. de cognat. spiritual. in 6.* In Ecclesiis tamen Augustanæ Confessionis hæc spiritualis cognatio non attenditur *supr. hac disput. thes. 49.* (e) *c. referente nobis extr. qui filii sint legitimi,* vide Mozz. *dict. tit. de matrimon. c. ult. num 39.* (f) Modò eâ impotentiâ conjunx laboraverit ignorante conjuge potente ante matrimonium contractum, & tanta sit, ut nullo modo conjuges se invicem cognoscere carnaliter queant, nec ullo remedio vitium illud tolli possit, *c. 1. & tot. tit. extr. de frigidis & maleficiat. c. 1. & cc. 2. & seqq. 33. quæst. 1.* Dn. Philip. Melanth. *in loco de conjugio, quæst de matrim. spadonum.* Lucas Osiand. *in Matth. c. 5.* Vide etiam hâc de quæstione elegans Consilium Tiberii Deciani, *vol. 2. consilior. consil. 39.*

Error autem fortunæ, ut si quæ errans nupserit pauperi quem divi- 79
tem putabat: vel quis duxerit plebejam, quam nobilem putabat, non vitiat matrimonium, (a) ut nec inutile effecit matrimonium error qualitatis; veluti si quis duxerit uxorem meretricem: vel corruptam, quam putaba. esse castam, vel virginem, (b) licèt matrimonium illud ex causa volente marito dirimi possit, ut post dicetur.

a) *C. un. 29. quæst. 1. vide* Mozz. *in Tractat de contract. b. cap de matrim. colum 7. num 8. & 9 pag 982.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 93.* Ioachim. à Beust. *Tractat. de jure connubior. part. 2. c. 44. pag. 81. fac. 2. in fin.* De errore qualitatis. vide Schepliz. *in consuet. Brandenb. lib 1. tit. 2. §. 7. & quæst. 1.* (b) *dict c. un. in fin. 29. quæst. 1. c. Quemadmodum 25. extr. de jurejurand. l. Ex empto 11 si quis virginem, ff de action. empt. l. si uxor. 13 §. Si quis uxorem suam ff ad leg. Iul. de adulter.* Qui enim cum alio contrahit, non debet esse ignarus conditionis ipsius, *l. Qui cum alio 19. ff. de reg. jur.* Et jura vigilantibus scripta sunt, non dormientibus, *l. Pupillus, §. fin. & l.*

Qui autem, §. ſciendum eſt ff Quæ in fraud creditor. Vide Dn. D. Beſold. *in tract. d. nupt cap 11 num. 7.* Speckhan. *centur 2 claſs. 2. quæſt. 7.* Nebelkrá. *deciſ 15.* Kizel. *in Synopſ. matrim. cap. 4. theor. 19.*

80 Neque etiam omiſſio ſolennitatis & celebritatis nuptiarum ſufficit ad diſſolvendum matrimonium.

c. Noſtrates. in fin. 30 quæſt. 5.

81 Sequitur ſpecies divortii, quæ conſiſtit in diſſolutione matrimonii jure contracti. Diſſolvitur autem matrimonium Iure contractum vel ob fornicationem: [a] vel ex eo, quod ignorante marito uxor ante matrimonium ab alio prius cognita, vel gravida fuit: [b] Vel propter deſertionem conjugis infidelis: (c) Vel ob graves conjugis inſidias: (d) Vel propter abſentiam conjugis malitioſam. (e)

a] *l. Conſenſu 8. §. ſi qua igitur 2. C. de repud. c. Quoniam. extr. de conjug. leproſor. c præcepit Dominus. 32 quæſt 5. c. Dixit Dominus, & c. c. ſeqq. 32. quæſt. 1. c. ſignificaſti c. Ex literis, extr. de divort. c. Licet 32. q. 7. c. Ex parte. 9. extr. de ſponſalib. Matth. 5. & 19.* [b] *argum. Deuter. c. 22. & d l. exempto. 11 §. Si quis virginem, ff. de actionibus empt.* Atque ita ſentire D. Luther. Melanth. Simon Paul. Wigand. Bezam & alios Theologos, oſtendit. Ioachim. à Beuſt. *in Tractat. de jure connubior. part. 2. cap 34. pag. 71. & ſeqq Vide quoque deciſiones quæſtionum Saxonicar. part. 1, Matrimonialium quæſt. 8 tum etiam quæſtionem 17. ubi conſilium quoddam Conſiſtorialium Wirtembergenſium Obſtat. Can. nn 29. in fine quæſt. 1. l Alioquin. 11. §. 1. ff. de contrahend. empt.* Et quod non debet quis eſſe ignarus conditionis ejus cum quo contrahit, *l. Qui cum 19 ff. de regul. jur.* Si tamen maritus poſteaquam reſcivit conjugem ſuam antea fuiſſe corruptam, carnaliter eam cognoverit, locus non eſt divortio. *per cap. 4 extr. Qui matrimon. accuſar. poſſ. & c. ad id, c. Conſultationi, extr. de ſponſalib.* Atque ita volunt etiam antea memorati Theologi (c) ut ſi infidelis cum fideli conjuge nolit habitare, ſed ab ea diſceſſerit, *c Gandemus, extr. de divortiis c. ſi quo gentilis & ſeqq. c Iam nunc illud c. ſeq. & c. ultim 28. quæſt. 2. & 1 Corinth. cap. 7.* (d) Veluti ſi uxor inſidietur vitæ mariti, vel veneno, vel alio modo, *l. Conſenſu. 8 §. Si qua. 2. Cod. de repud.* Mozz *dict Tractat. de contractib Tit. de Matrimonio, cap. ultim num. 66.* Schurff. *Conſil 42. Centur. 1.* Didac, Covarruv. *in Epit in lib. 4 Decretal. part. 2 cap. 7. §. 5. num. 1. & 2.* Dominus Philip. *in loco de conjugio in quæſt. de divort. propter ſævitiam & inſidias ſtructas vitæ* Henning. Arniſæus. *de jure connubiorum cap. 6. ſed 10. n. 26. & ſeqq.* (e) ut ſi conjux à conjuge æquo diutius ſine ulla probabili cauſa abſit; aut ſi ex levitate vel injuſta freni conjugalis impatientiâ à conjuge abierit, *c. Quoniam §. porrò, verſ. Si autẽ ibi ſed non modò malitioſa voluntate. extr. ut lite nõ conteſtatâ non proceda-*

Digitized by Google

cedatur ad teſtium recept. c. Perlatum extr. Qui filii ſint legit. facit huc 1. Corinth cap. 7. verſ. Nolite fraudare invicem & verſ. iis autem, qui matrimonio juncti ſunt. Atque hanc ſententiam probant Theologi noſtri, *de qua vide etiam* Ioach. à Beuſt. *in dict. part. 2. cap. 26. Canoniſta diſſentiunt.* Tenetur autem conjunx exſpectare conjugem per quinquennium, antequam ad ſecundas tranſeat nuptias, *l. uxores. 6. ff. de divort. & repud. Novell. 22.* Cujac. *in lib. 2. Papiniani de adulter. ad l. miles 11. §. Mulier cum abſentem, 12. ff. de adulter.*

Non ſolum autem quò ad thorum, ſed pleniſſimè ex cauſa adulte- 82
rii, (a) & deſertionis infidelis: (b) item ob ſtructas vitæ inſidias, (c) ſeparatio matrimonii fieri poteſt, ita ut conjunx innocens ad aliud convolare matrimonium non prohibeatur. (d)

a) *c. Perlatum eſt 8. extr. Qui filii ſint legit. Matth. 5. verſ. 32. & 19. verſ. 9.* Beza *Tract. de divort. pag. 156. & 169.* Conan. *lib. 8. Commentar. cap. 12. circa* Weſenbec. *in Paratitl. ff. de divort. in fin.* & alii quos Collegit Dn. Iohan. Harpprecht. *in §. ſunt & alii. Inſtit. de nupt. n. 40. Canoniſta communiter diſſent. in c. & cap. 5. extr. de divort & alibi* (b) *Textus eſt 1. Corinth cap. 7. verſ. 15.* Ioach. à Beuſt. *Tractat. de jure connubior. part. 2. cap. 26.* Oſiander. *in Matth cap. 5.* Diſſentit Beza *Tractat. de divort. pagin. 218.* (c) *l. conſenſu. 8. §. ſi qua; C. de repudiis. Novell. 117. cap 8. §. ſi quolibet modo. Canoniſta in centur. 1. & 2. extr. de divort.* Mozz. *dict. tit de matrimon. cap. ult. num. 66.* Didac. Covarruv. *in Epitom. in lib. Decretal. part. 2. cap 7. §. 5. num. 1. & 2.* Philipp. Melanth. *in dict. loco de conjugio, queſtion. de divortio propter ſævitiam*, Weſenbec. *ſuprà dict. loco de divortio. num. 11. &* Conan. *dict. cap 12. num 5.* Vide quam plures citatos à Iohan. Harpprecht. *in dict. §. ſunt & alii. num. 109. & ſeqq.* Ob mariti tamen ſævitiam ſeparari poteſt matrimonium duntaxat, quoad thorum, Schneid. *ad tit. Inſtit. de nupt. part. 4 num 19.* Ioachim. à Beuſt. *de matrimon. cap. 9. & 10.* Franciſc. Marc. *deciſ. 738 part. 2* Martin. Coler. *de alimentis lib. 1. cap. 10. num. 31.* (d) *1. Corinth. cap 7. dict. c. perlatum eſt, 8. extr. qui filii ſint legit. d. l. conſenſu 8. §. virum. C. de repud.* Ioachim. à Beuſt. *dict part. 2. cap. 24. & cap. 26.* Ritternuſ. *in expoſit. Novell. p. 4 cap 9. num. 4.* Arniſæus *de jure connub. cap 5. ſect. 7.* Weſenbec. *in Paratitl ff. de divort. n 11. diſſentit.* Covarruv. *dict part. 2. cap. 7. § 6. num. ult. vide* Cujac. *ad c. ex parte 9. extr. de ſponſalib. & matrim pag 205 §. 1. & 2.* Hieron. Schurpff. *conſil 57. in fin. cent 1.* Sichard. *conſil. matrimon. 2. n. 1. & ſeqq. & conſ. 4. num. 31.* Peck. *de teſtam conjug. lib. 4. cap. 12.*

Quid ſi habenvle declaret ſemel atque iterum, quod nolit amplius 83
in perpetuum cohabitare conjugi ſuæ, nunquid ſeparatio judicialis fieri poteſt præſente parte petente?

Hæc quæſtio incidit in collegio facultatis noſtræ juridicæ, Anno 1604. die 12. Octobr. cum conſuleretur in tali cauſa à Conſulibus, & judicio N. N. in Franconia: Deciſum autem, quod non: Sondern daß die Eheleut in jhrem Eheſtand verbleiben / vnd einander Eheliche Beywohnung zuthun verbunden ſein ſollen. Placuit autem daß er maritus citiert werden ſolle / in der Perſon zuerſcheinen / zu einer gütlichen reconciliation / oder wafern dieſelbige nicht ſtatt haben würde / die Vrtheil anzuhören / darneben auch jhme Anzeigung thun / daß er ohne Forcht einiger Straff ſich einſtellen ſolle. *Adde per quam elegans conſilium* Eximii IC. Dn. Chriſtoph. Beſold. *Tom 3. conſil. & in tract. de nupt. cap. 11. n. 5.* Kizel. *in Synopſ. matrim. cap. 3. theorem. 19. lit. C. & cap. 8. theorem. 10. lit. E.*

84 Nocenti quoque conjugi itidem ex jure divino & civili jure concedendum videtur, ut ad alterum tranſeat matrimonium, ſi ob fornicationem diſſolutum ſit conjugium: ita tamen, ut in loco delicti non toleretur.

Matth 5. & 19. §. ſi uxor tua. Inſtit. de nupt. l. ſi quis mihi. 12. § ſi uxor mea. 3. ff. de ritu nupt. Philip. Melanth. *in loco de conjugio tit. de modo procedendi.* Bidenb. *in appendic. promptuar. connubial. cap. 5. quæſt. 2* Lucas Oſiander *in Matth. dict. cap. 5. & 19.* ad evitandam ſcortationem. Weſenbec. *in Paratitl. ff. de divort.* vide quoque Bezam *Tractat. de divort. pag 169.* & Ioachim. à Beuſt. *in dict. part. 2. de matrim. cap. 25. pag 63* Dn. D. Beſold *d. nupt. cap. 11. num. 5.* Kizel. *in Synopſ. matrim. cap. 3. theorem. 19. lit. C. in fin.*

85 Eſt hic & illud notandum, ſi lis ſit inter maritum & fœminam, de contracto matrimonio; ut ſi mas neget, quod fœminam duxerit, aut hæc inficietur, quod illi nupſerit; præjudicialem moveri actionem poſſe, qua petatur & declaretur conjunx, & condemnetur ad cohabitandum, & exhibendum debitum conjugale. *(a)* At ſi de contracto matrimonio nulla ſit lis, ſed tantum conjunx conjugi cohabitationem deneget; nullam actionem proditam eſſe, quâ conjunx, renuens conjungi cohabitare, conveniri poſſit, ſed hic locum eſſe imploranti officii judicis, & extraordinariæ cognitioni. *(b)*

a) *l. ſive contra. 3. §. & quid ſit, 4. ff. de agnoſc. & alend. liber.* Bartol. *in l. ubicunque 7. §. 1. ff. de ventr. in poſſeſſ. mittend.* Weſenbec. *conſil. 44. num. 23. part. 1.* (b) *l. 1. §. 2 ff. de rei vindic. c. ex parte. extr. de ſponſalib.* Cyn. *in l. ſi invita. 11. C. denupt. in l. 2. C. de ſponſalibus & in l. 3. C. de liber exhibend* vide Hotoman. *conſil. 44. num. 6. 7. & 8.* Didac Covarr. *in l. 4. Decretal. part. 2. c. 7. num. 1.* Kling. *tract. de matrimon. tit. individuam vitæ conſuetudinem.* & Arnoldt. ab Haerſolte *in adverſar. de actionib. ad 4. part. ff. de actione. 12.*

CLAS. I. DISPUTAT. X.

DE LEGITIMATIONE.

THESIS I.

HActenus de prima adquirendæ patriæ poteſtatis cauſa, matrimo- 1
nio ſcilicet, ſive nuptiis juſtis: Succedit nunc ejuſdem poteſtatis cauſa altera, legitimatio; quæ eſt actus jure civili inventus, *(a)* quo liberi naturales, *(b)* extra matrimonium quæſiti, volentes *(c)* efficiuntur legitimi.

a) *Novell. 89. c. 1. in princ. verſ. Naturales & Novell 78.* Vaſq. *de ſucceſſ. Tomo 1. lib. 2. §. 15. requiſit. 15 num. 26. & in l. ſi quando. 35 in princ. num. 63. C. de inoffic. teſtament.* [b] Quales jure civili ſunt, quæ ex concubinis ſunt ſuſcepti, *tot. tit. C. de naturalibus liber.* Vbi Cujac. *in paratit.* Non etiam procreati ex complexu nefario, aut inceſto, aut damnato, *Novell. 89. cap. ult.* (c) *l. ult. ff. de his, qui ſui vel alien. jur. ſunt, Novell. 89. c. 11. generaliter autem.* Vaſq. *de ſucceſſ. Tomo 1. lib. 3 §. 21. n. 151.* Nicol. Boër. *dec. 160. num. 1. & 2.* Sufficit tamen eorum ratihabitio, Iaſon. *in conſil. 189. num. 4. vol. 2.* Vaſqu. *d. §. 21. num. 153.* & Boër. *dict. dec. 160. n. 5.*

Species legitimationis tres ſunt: ſubſequens juſtum matrimo- 2
nium, oblatio curiæ, & reſcriptum Imperatoris, vel Pontificis.

Pontificia tamen legitimatio ad regni vel Principatus ſucceſſionem prodeſt nihil. vid. Ioachim. Cluten. *in Sylloge. ver. quotid. theſ. 8. ſub. lit. F.* ubi plura habet de legitimatione Pontificia.

Per ſubſequens juſtum matrimonium legitimati dicuntur liberi, ſi 3
puter juſtam ſibi uxorem curet eam fieri mulierem, ex qua liberos extra matrimonium ſuſcepit.

De hac legitimatione vide Anton. Gabriel. *Roman. lib. 6. commun. conſluſ. tit. de legitimat. pag. 346. & ſeqq.*

Si enim concubinam quis habeat, & ex ea liberos ſuſceperit, ducta 4
eâ uxore, liberi illi efficiuntur legitimi.

l. Divi. 5. C. de naturalib. liber. & §. Aliquando. verſ. Nec non, Inſtit. de nupt. c. 1. c. Tanta, exit. Qui filii ſunt legit.

Si quis

5 Si quis item ex alia muliere, quam non habuit concubinam, liberos procreaverit, eamque uxorem duxerit, cum id legibus non prohibeatur, liberi illi similiter jure canonico legitimi fiunt.

c. 1. c. Tanta, extr. qui filii sint legit. Secus verò est jure civili, ut arguit *d. §. Aliquando. vers. Nec non, ibi, ad quam pater consuetudinem habebat. Instit. de nupt. l. Cum quis 10. ibi. Cujusque consuetudine C. de naturalib. liber.* Ioh. Schneidevv. *ad tit. Instit. de patria potest. n. 21.*

6 Similiter si ex matrimonio, sed non justo ob defectum scilicet solennitatum, vel consensus paterni, liberi sint progeniti, si postmodum comprobetur illud matrimonium, vel ab Ecclesia, vel parente, atque ita justum fiat matrimonium, liberi illi efficiuntur legitimi.

c. Quod nobis, extr. Qui filii sint legitimi, facit l. Dotis promissio. 68. ff. de jure dot. l. minorem. 4. l. Eos. 65. in fin. ff. de ritu nupt. l. etsi contra. 6. C. de nupt.

7 Quod si verò vir, vivente sua uxore, aliam cognoverit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spuria erit illa proles, non legitima.

d. c Tanta. extr. Qui filii sint legit. d. l. Dotis promissio 68. ff. de jure dot. l. Eos 65. ff de ritu nupt. l si uxor. 13. §. si quis. vers. vel in filiofam. ff. ad leg Iul. de adulter. Sed nunquid ex naturali filio nepos legitimatur, si avus mortuo naturali filio ducat conjugem Concubinam? Vide Fachinæ. *lib 3. controvers. jur. c. 56*

8 Et legitimantur per subsequens matrimonium liberi, licet pater ex præcedente matrimonio legitimos liberos procrearit. [*a*] Licet item pater in Articulo mortis matrimonium cum matre naturalium liberorum contrahat. [*b*]

a) *Novell 12. c. 4. Novell. 89. c. 8.* Tiraquel. *de jure primog. quæst. 34. num. 3.* Zas. *in Epit. feudor part. 8.* Molin. *in consuetud. Paris. tit. 1. gloss. 1. num. 34.* Obstare videtur *l. Julianus 20. in fin. ff. de jur. dot.* (*b*) Vide Iohan. Schneidevv. *ad tit. Instit. de patria potest. num. 23* & Tiraquel. *ad l. si unquam, in verb. susceperit liberos. num. 73. Cod. de revocand donat.* Donell. *libr. 2. Commentar. c. 21.* Cujac. *libr. 13. observat. c. 4.* Gottofred. *ad l. 4. C. de advoc. diversi. jud.* Vult. *in §. ultim. Instit. de nupt.* Borcholt. *de feud. c. 7 num 18. & 19. Tractat. de gradibus fol. 193.* Sarmient. *libr. 1. select. Interpretat. 1. c. 5. num. 7. in fin.* Polydor. Ripa. *de act. in mort. artic. c. 2.* Gail. *2 observat. 141. numer. 8.* Matth. Wesenbec. *consil. 44. numer. 44.*

9 Sed quæritur, hæc legitimatio dotalia desideret instrumenta necné? Et civili sanctione ea necessaria esse putamus; (*a*) Canonicum verò jus ea non requirit. (*b*) Undè in terris Imperii, quoad successionem, non etiam in terris Ecclesiæ illa adhibenda erunt. (*c*)

a) §.

Digitized by

a) §. *Aliquandò, verſ. Nec non is, Inſtit. de nupt. l. nuper. 11. l. Iubemus. 6. l. cùm quis. 10. Cod. de naturalib. liber. Novell. 18. cap. ult. & Novell. 89. c. 8.* Anton. Gerhard. *decad. 2. quæſt. jur. 9.* (b) *cap. 1. c. tanta. extr. qui filii ſint. legit.* (c) Iaſon. *conſil. 168. num 7. vol. 4.* Fachin. *lib. 3. controverſ. jur. c. 51.* Arum. *exercit. Iuſtin. 2. th. 16.* Covarruv. *de ſponſalib. part. 2. c. 8. §. 2. num. 8.*

Legitimatio per oblationem curiæ procedit, ſi curiæ municipio- 10
rum, vel pater filios ſuos naturales offerat, etiam exiſtentibus liberis: vel ipſi liberi naturales ſeſe offerant, etiam mortuo patre naturali, ex ejus tamen voluntate ante mortem declarata, nullâ legitimâ prole exiſtente.

l. Communium. 9. §. fin. Cod. de naturalibus liber. Novell. 89. cap. 3. Sed nunquid idem, ſi Imperatori vel patriæ Reipublicæ fiat hæc oblatio? Quidam affirmant Accurſ. & Dd. *in §. ult. Inſtit. de nupt.* Schneidevv. *num. 16. Inſtit. de patr. poteſtat.* Didac. Covarr. *de ſponſalib. part. 2. c. 8. §. 7. num. 4.* Sed negat Donell. *lib. 2. commentar. cap. 21. per l. 65. ff. de reg. jur.*

Hæc legitimatio fieri quoque dicitur, ſi pater filiam naturalem cu- 11
riali matrimonio collocet.

l. 3. verſ. pen. & ult. Cod. de naturalib. liber. Novell. 89. cap. 2. in princ.

Reſcripto Imperatoris vel Papæ legitimantur liberi naturales, 12
quos ipſe Imperator vel Pontifex, ſupplici libello rogatus per ſe, vel per comites Palatinos, legitimos eſſe jubet.

Novell. 74. c. 2. & Novell. 89. c. 9. c. Per venerabilem. extr Qui filii ſint legitimi Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. practic. obſerv. 142. in princ. & num. 3. in princ. & num 3. in fin & num. 9. de hâc legitimatione, vide etiam* Hartman. Hartmanni ab Eppingen, *lib. pract. obſ. tit. 13. obſ. 6. &* Anton. Gabriel. Roman. *lib. 6. commun. concluſ. tit. de legitimatione concluſ. 3. & concluſ. 5.* Vbi de hâc quæſtione; an Comes Palatinus infantem legitimare poſſit? Dd. opiniones congeſſit, & de hujuſmodi legitimatione, *vide* Gail. *lib. 2. obſerv. 142. num. 4.* Ioachim. Cluten. *in Syllog. ter. quotid. theſ. 8. lit. F.* Dn. D. Beſold. *part. 1. delibat. ad lib. 1. ff. fol. m. 65.*

Vt autem hæc legitimatio ritè procedat, duo conjunctim requi- 13
runtur. Prius eſt, ut pater liberos illos naturales per ſubſequens matrimonium legitimos efficere nequeat, eò, quod impeditus ſit præmatura mulieris, matris illorum liberorum, morte; vel quod ea mulier ſe occultârit, aut poſteà cum alio ſe turpiter dederit. Poſterius eſt, ut pater naturalis alios non habeat legitimos liberos. (a) Requiritur inſuper, ut liberi illi naturales conſentiant. (b)

Digitized by Google

a) *Novell. 89. cap. 9. & Novell. 74. c. 2.* Iason. *in l. Gallus 29. §. Et quid, si tantùm, num. 107. ff. de liber. & post.* Ant. Gabriel. *Romanus, d. tit. de legitimatione, conclus. 6.* Ego *in tract. de regal. c. 2. num. 69.* Rittersh. *in expos. Novell part. 4 cap. 12. num. 9.* (b) *Novell. 89. cap. 11. Generalitèr,* Carol. Tapia *ad Rubr. ff. de constit. Princip. cap. 3. num. 4.*

24 Quid si tamen Imperator aut Pontifex velit, ut legitimi sint naturales liberi, non obstante, quod pater naturalis cum matre eorundem liberorum matrimonium contrahere possit: quod item jam ante liberos legitimos habeat? legitimatio omninò ex Dd. sententia procedit.

Andr. Gail. *lib. 2 observ. practic. obs. 142. num. 3. 7. & 9.* Vide Iason. *in consil. 127. num. 2. vol. 4. &* Cephal. *consil. 117. num. 27. & seq. lib. 1.* Anton. Gabriel. Roman. *lib. 6. communi. conclus. Tit. de legitimat. conclus. 6. & 7.*

25 Sed hic quæstio exoritur admodùm difficilis, & quæ illustrium Dd. ingenia variè torsit, (*a*) utrùm legitimatio per rescriptum Principis vel Papæ, facta revocetur, natis post eam patri liberis legitimis? Nos opinioni negatæ, ut communi & veriori (*b*) inhærendum putamus. (*c*)

a) Tiraq. *ad l. si unquàm, C. de revocand. donat. in verb. donatione largitus, n. 277.* (b) Item Tiraq. *d. loco, n. 281.* Gribal. *in communib opinionib. in verb. legitimatus,* & Baptista Villalobos *in communib. opinionib. lit. l n. 83. Ego tr. d. regal. c. 2. n. 70. & seqq.* (c) Per rationes octo hanc conclusionem firmat. Idem Tiraq. *d. loco, n. 282. & seqq.* Potissimæ a. conclusionis hujus sequentes sunt rationes. (1) Quod perfectum est, nõ debet irritari. *l. si ut proponis 3. C. de confirmand. tutor. l. sancimus, 25. Cod. de administrat. tutor.* Nam, quæ legitimè & ritè constituta sunt, durant, licet posteà contigerit casus, à quo initium capere non potuerunt, *l. Pluribus. 140. §. etsi placeat, 2. ff. de verb. oblig. & l. in ambiguis. 85. §. Non est novum. 1. ff. de reg. jur.* Et hoc maximè in Privilegiis, cujusmodi est legitimatio. *c. decet. tit. de reg. jur. in 6.* (2) Confert huc *Novell. 84. cap. 8. & Novell. 74. in pr. vers. sancitum.* (3) Legi & juri non convenit filium, habere temporalem. *L. si tibi, ff. de adopt.* Facit eodem, quod libertas non potest dari ad tempus, *l. ideoq; ff. de manumiss. testament.* Nec potest, quis esse partim legitimus, partim illegitimus, *c. per venerabilem, Extr. Qui filii sint legit.* (4) Adoptio non revocatur ob filios posteà susceptos, *l. si te parens, Cod. de suis & legit.* Ergò non legitimatio. (5) Libertas semel data liberto, ampliùs revocari non potest, *l. Papinianus, §. ult. cum l. seq. ff. de inoffic. testam. l. sicut. Cod. de liber. caus. §. Causas, Instit. quib. mod. manumitt. non licet.* (6) Legitimatio per subsequens matrimonium non aboletur ob liberos posteà natos. *Novell. 89. c. 8. §. quapropter obscurum.*

26 Est & illa hujus loci quæstio, an & mortuo patre hæc legitima-

tio

tio filii naturalis absque consensu agnatorum defuncti parentis, fieri possit?

Nisi constet certè, quod parens dùm adhùc viveret, optârit hanc etiam à morte suâ fieri legitimationem, necessariam esse agnatorum voluntatem, per ea, quæ scribit Valent. Forster. *de succeff. lib. 6. c. 33. n. 26. verf. fin verò.* Vbi subjicit, licet Princeps sciens delatam esse hæreditatem, nihilominùs rescribat. Non obstante, &c. Valere legitimationem etiam invitis agnatis.

Class. I. Disputat. XI.

De Adoptione.

Thesis I.

Succedit patriæ potestatis adquirendæ causa tertia, Adoptio scilicet. Est autem adoptio actus legitimus (a) quo liberos alienos, (b) non invitos, (c) in jus liberorum nostrorum (d) adscisimus (e). 1

a) *l. Magistratum. 4. ff. de adopt. l. 1. & 2. Cod. dict. tit. l. nec adoptare. 3. ff. de offic. procons.* Ego *in princ. Inst. hoc tit. num 5.* Petr. Faber, *in l. nemo. 128. ff. de Reg. Jur. & lib. 2. semestr. c. 24. pag. 321.* (b) *l. Legem. 7. §. fin. Cod. de natural. lib. Novell. 74. c. 3.* Vbi Cujac. *& Novell. 89. c. 11. Generaliter. §. adoptionis autem*, Idem Cujac. *in Novell. 117. & lib. 10. obs. 23.* Correcta ergò videtur *l. ult. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt, & l. ult. ff. de adopt.* (b) *l. ult. ff. de his, qui sui vel alieni jur. sunt, l. in adoptionibus. 5. l. Neque absens 24. ff. de adopt.* (d) *l. 1. l. 2. ff. dict. tit.* (e) Hoc verbo, in hâc juris parte utitur Modest. Jurisconsultus *in l. Arrogato. 40. §. fin. ff. hoc tit.*

Adoptio ergò neque sub conditione, neq; ad diem fieri potest: (a) si quidem actus legitimi neq; tempus, neq; conditionem recipiant. (b) Neque inter absentem per procuratorem expediri potest. (c) 2

a) *l. quæsitum 34. ff. de adopt.* Petr. Faber. *in l. actus legitimi. 77. in pr. ff. de reg. jur. p. 38.* Hotoman. *lib. quæst. illustr. qu. 34. pag. 218.* (b) *dict. leg. actus legitimi. 77. ff. de regul. jur.* (c) *l. Post mortem 25. §. ultim. & l. Neque 24. ff. de adopt.* actus enim legitimi sive legis actiones alieno nomine geri non possunt, *dict. l. Nemo alieno nomine. 123. ff. de reg. jur.* Vbi Excellentiss. Dn. D. Magirus, *in suis prælection.*

3 In adoptione autem duplex generalis inspectio incurrit: una de personis, quæ adoptare prohibentur; altera de speciebus adoptionis.

4 Generaliter adoptare prohibentur quidam natura, quidam verò civili quâdam ratione. Natura, quam adoptio imitatur, adoptare non possunt, qui in perpetuum generare nequeunt: qui item non plena pubertate, hoc est, decem & octo annis adoptandum præcedunt.

§. *Minorem 4. & §. sed & illud 9. Instit. de adoptionib. l. Adoptio. 16. l. Arrogato. 40. §. 1. ff. de adopt.*

5 Castratus enim, sive Eunuchus, cui virilia sunt execta (hunc enim Eunuchum seu Castratum dicimus) (a) adoptare non potest. (b)

a) *l. 1. & tot. tit. Cod. de Eunuch. Novell. 142. & Novell. Leonis. 60.* Cujac. *in l. 6. ff. de liber. & posthum.* (b) §. *Sed & illud 9. Instit. de adopt.*

6 Spadones tamen ita in specie dicti, (a) ut qui generare non possunt, (b) id est, qui facilè non possunt generare (c) impediti scilicet per aliquod corporis vitium, (d) quod vel arte corrigi, vel tempore mutari potest, adoptare non prohibentur. (e)

a) Spadonum appellatio generalis est, & specialis *l. spadonum. 128. Vbi* Iohan. Gœddæus *ff. de Verborum Significat.* (b) *d. §. Sed & illud 9. Instit. de adopt. l. 2. §. 1 ff. de adopt.* (c) *l. Sed est quæsitum 6. ff. de liber. & posthum.* (d) *l. Arrogato. 40. in fin. ff. de adopt.* (e) *d. §. Sed & illud. Instit. dict. tit. l. 2. §. 1. dict. leg. Arrogato. 40. §. fin. ff. eodem. dict. leg. Sed est quæsitum 6. ff. de liber. & posthum.* Leo tamen Imperator etiam Eunuchis
7 adoptandi jus concedit, *Novell. 26*

Similiter; ut dixi, qui justâ ætate, puta decem & octo annis non superat eum, quem adoptare vult, eundem naturali ratione prohibetur.

8 *d. §. Minorem. 4. Instit. de adopt. d. l. arrogato. 40. ff. eod. tit.*

Civili ratione adoptare & arrogare in potestatem suam prohibetur fœmina: Hæc enim jure civili ne quidem naturales suos liberos, in potestate habet.

§. *Fœminæ, 10. Instit. de adopt. §. Cæteri 5. Instit. de Hæred. qualit. &*
9 *differ. l. mulierem. 5. Cod. de adopt.*

Ex indulgentia tamen Imperatoris specialiter impetrata, ad solatium amissorum liberorum adoptare potest fœmina: (a) non quidem in civilem potestatem, sed tantùm in jus liberorum, & successionis ab intestato. (b)

a) *d. § fœminæ. 10. Instit. de adopt. d. l. mulierem 5. Cod. d. t.* Georg. Frantzkius, *Exercit. Iuridic. 2. quæst. 10.* (b) *d. l. 5. Cod. eod. tit. & arg. §. Sed hodiè 2. Instit. hoc tit. & l. pen. Cod. eod. tit.* Sic Ericus Pomeranorum Dux, à Margaretha Regina trium Regnorum adoptatus filius in Regem assumptus. Albertus Krantzius *in Chronic. Regni Daniæ, libr. 8.*

c. 1.

c. 1. & Hotoman. *in diſput. feudal. c. 14. pag. 81.* Leo autem Imperator, *in Novell. 27.* generaliter cunctis mulieribus adoptandi licentiam permiſit, ſive liberos habeant, ſive non habeant, id quod annotavit etiam Harmenop. *in promptuario juris civil. lib. 2. tit. 8.* Ego *in commentar. ad Inſtit. pr. de adopt. num. 24.* 10

Civili quoque ratione prohibetur adoptare pater adoptivus dimiſſum à poteſtate ſuâ filium adoptivum, [a] ut & is, qui ſexaginta annis minor eſt. [b]

a] *l. Adoptare. 27. §. 1. ff. de adopt.* [b] *l. ſi paterfam. 15. §. In arrogationibus. 2. & §. ſeq. l. nec ei promittitur. 17. §. præterea, ff. de adopt.* Quas leges propter ſubjectas rationes non tantùm de arrogatione, ſed & ſpeciali adoptione intelligi convenit, per ea, quæ ſcribit Everhard. *in Topic. legalib. in loco à ratione legis larga, amplâ ſeu generali ad extenſionem ipſius legis.* 11

Si tamen minor ſexaginta annis adverſa impediatur valetudine, quò minùs contrahere nuptias utiliter poſſit, & prolem non habeat permitti illi debet, ut adoptet, ut, & ſi conjunctâ ſibi perſonâ adoptare velit.

d. l. Paterfam. 15. l. ff. de adopt. in arrogationibus. 2. & l. nec ei, 17. §. at primum. 2.

Similiter, quamvis adoptandi poteſtas denegetur & illi, qui liberos 12
legitimos habet, ex juſtis nuptiis vel legitimatione, aut adoptione quæſitos, ex juſta tamen cauſa quandoque adoptare ei permittitur. [a] Veluti, ſi filius ipſius ſit furioſus, aut corpore vitioſo, & ad generandum ineptus, aut flagitioſus, & vitæ deploratæ. [b]

a] *d. l. ſi paterfam. 15. §. item non debet, fin. ff. de adoption.* [b] Donell. *lib. 2. Comment. c. 23. pag. 114.*

Ratione item civili adoptare prohibetur pater liberos ſuos natu- 13
rales, extra matrimonium quæſitos, ne ſcilicet adoptio turpi libidinum deſiderio patrocinari videatur.

l. legem. 7. §. in poſterum verò, Cod. de natural. liber. Novell. 74. c. 3. & Novell. 89 cap. 11. generaliter. §. adoptionis autem; Quibus locis abrogatur, *l. ult. ff. de adopt. l. ult. ff. de his, qui ſui vel alieni jur. ſunt, & l. jubemus. 6. Cod. de naturalibus, lib.* Ego *ad princ. Inſtit. de adopt. num. 33.*

Denique Sacerdos adoptare non poteſt, niſi unum de ſua familia 14
adoptet, ut volunt Dd.

Ang. in §. minorem. 4. & in §. fin. Inſtit. de adopt. Dd. in l. & qui uxores. 30. ff. de adopt. vide Guiliel. de Cuneo & Cyu. *in l. ab ea parte, 5. ff. de probat.*

Succedunt modò ſpecies adoptionis: ut ſunt arrogatio, & adoptio, 15
ita in ſpecie dicta.

l. 1. §. 1. ff. de adopt.

16 Arrogatio est, quâ Imperatoris authoritate competenti magistratui insinuanda, is, qui sui juris est, in jus liberorum adsciscitur.

§. 1. *Instit. de adopt. l. 1. §. 1. l. 2. ff. d. t. l. 2. C. hoc tit.* Arrogatio dicitur à rogando: quia is, qui adoptat, rogatur, ut sibi justum filium esse velit, quem adoptaturus sit, & is, qui adoptatur rogatur, an filius fieri velit, *l. 2. §. 1. ff. d. t.* Vlp. *in Instit. tit. 8.* Francisc. Connan. *lib. 2. c. 15.* Cujac. *lib. 9. observ. c. 37.*

17 In arrogatione autem duo spectamus: Personas inter quas arrogationis negotium geritur, & modum sive formam arrogandi.

18 Circa personas illas tria inspicienda veniunt: unum an is, qui arrogatur, talis sit, ut jure possit arrogari. Alterum si arrogari possit, an ab eo, qui arrogare vult, arrogari jure permittente queat: Tertium si puberem vel impuberem quis arrogare velit, quæ in arrogatione observari debeant.

19 Iure non potest arrogari infans & furiosus. Qui enim arrogatur, rogatur, an se adoptari patiatur: [a] de quo infans & furiosus nec respondere, nec quid respondeant, intelligere possunt. (b)

a] *d l. 2. §. 1. ff. de adoptionib.* [b] §. *Furiosus 8. & 9. seq. vers. Nam infans. Instit. de inutilib stipulat. l. 1. §. furiosum & §. seq. ff. de oblig. & act. l. 1 in prin. ff. de verb oblig. l. in negotiis. 5. ff. de reg. jur.*

20 Nec potest arrogari ablens.

l. Post mortem 25. §. 1. ff. de adopt.

21 Cæteri verò, sui juris qui sunt, rectè arrogantur, sive puberes sint, sive impuberes, minores vel majores viginti quinque annis.

l. Quod ne 8. l. nec ei 17. & l. seq. ff. de adopt.

22 Arrogare autem non potest quis, libertum alienum, invito ipsius patrono. [a] Licet ipsemet patronus proprium libertum rectè arroget: [b] modò liberos legitimos non habeat. [c]

a) *l. si paterfam. 15. §. ult. ff. de adopt.* (b) *l. ult. ff. de statu homin.* [c] *l. cum eum 3 C. de adopt.*

23 Similiter tutores & curatores arrogare prohibentur eum, cujus tutelam vel curam gesserunt, quamdiu minor erit 25. annis, qui arrogatur, ne fortè ideo arrogent, ut à reddendis rationibus liberentur.

d. l. nec ei. 17. in princ. ff. de adopt.

24 Permissum tamen est tutori, ut privignum suum arroget: Necessitudo enim illa, hoc est affinitas fraudis suspicionem à vitrico tollit.

l. nonnunquam. 32. §. 1. ff. d. t. obst. l. 17. pr. ff. h. t.

25 Quod si pubes arrogetur, curatoris consensus adhiberi debet. [a] Si curatorem non habeat pubes, sine curatoris consensu procedit arrogatio. [b]

a] *l.*

a] *l. quod ne. 8. ff. de adopt.* [b] *l. 3. C. de in integr. reſtit. minor.* Donell. *lib. 2. commentar. c. 23. pag. 113. lin. 26 & ſeq.*

Illud autem proprium habet puberis arrogatio, quod non ſolùm 26
ipſe pubes, ſed & liberi ipſius, ſi quos habet, tanquam nepotes arrogatoris poteſtati ſubjiciuntur: [a] ut & bona ejus præſentia & futura tacito jure ad arrogatorem tranſeant. [b]

a] §. *Illud proprium. 11. Inſtit. de adoptionib.* [b] *l. ſi paterfam. 15. in pr. ff. dict. tit.*

Quod attinet impuberis arrogationem, non modò tutoris authori- 27
tas in ea intercedere debet: (a) ſed & in hæc quatuor inquirendum eſt: Affectionem ſcilicet animi, quâ quis motus arrogat: Item arrogatoris mores, facultates utriuſque, & cautionem idoneam. Nulli enim arrogare pupillum permittitur, niſi naturali cognatione, vel ſanctiſſima affectione ductus arroget, veluti veteris amicitiæ nomine, vel ratione hoſpitii à parentibus pupilli accepti, vel honeſtæ & piæ educationis ergò. (b)

a] *l. ultim. verſ. Sed hæc omnia. C. de autor. præſtand. Tot. tit. Inſtit. & ff. de autor. tutor. & facit, l. Quod ne. 8. ff. de adopt.* [b] *l. Nec ei. 17. §. f. ff. dict. tit. l. impuberem 2. C. eodem.*

Mores arrogatoris quod attinet, diſpiciendum eſt, cujus ipſe ſit vi- 28
tæ, probæne, an turpis.

§. *Cum autem, 3. ibi, an honeſte ſit, Inſtit. de adopt. d. l. Nec ei, 17. §. & primum verſ. Deinde ff. d. t.*

Facultates quoque, ut dixi, utriuſque, & pupilli, & ejus, qui ipſum 29
vult arrogare, excutiendæ ſunt, ne ditiorem arroget pauperior, qualis arrogatio non expedit pupillo: [a] quippe cum periculum ſit, ne ſpe prædæ potius, quam filii amore arrogare præſumat, & facta arrogatione in facultates pupilli arrogator irruat. [b]

a] *d. §. Cum autem, ibi, expediatq; pupillo, Inſtit. de adopt. l. 2. ibi, id ei expedire C. d. t. & d. l. Nec ei, 17. §. Et primum, ff. eod.* [b] *arg. d. l. 2. C. de adopt.*

Interdum tamen & ditiorem permittitur adoptare pauperiori, ut ſi 30
vitæ hujus ſobrietas clara ſit, & affectio honeſta, nec incognita.

d. l. Nec ei, 17. §. penu. ff. d. t.

Cautionem quod attinet idoneam, arrogator neceſſe habet, ut 31
idoneis fidejuſſoribus datis caveat perſonæ publicæ, puta tabellario, ſive Notario publico, ad hoc requiſito, ſi intra pubertatem pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui ſi arrogatio facta non eſſet, ad ſucceſſionem pupilli univerſalem, vel particularem venturi eſſent.

d. §. Cum autem. verſ. Et cum quibuſdam. Inſtit. de adopt. & d. l. 2. C. d. t. d. l. Nec ei 17. in fin. & legib. ſeqq. ff. eod. tit.

Quod

32 Quod si omissa fuerit hujusmodi cautio, perinde tamen est, ac si præstita esset: proindeque utilis actio in arrogatorem nomine restitutionis bonorum successoribus pupilli competit.

l. His verbis 19. §. ult. ff. de adopt.

33 Et licet arrogator ante filium arrogatum impuberem decedat, & filius ille mox impubes moriatur, arrogatoris tamen heredes actione ex cautione illa nata, vel utili actione illa tenentur.

l. Si arrogator 22. in prin. ff de adopt.

34 Quòd si arrogator filium arrogatum impuberem sine justa causa exhæredaverit, vel emancipaverit, jubetur illi quartam partem omnium suorum bonorum relinquere, præter bona ab ipso impubere profecta.

§ *Item non aliter. 4. & ibi* Thomas Linius, *Instit. de adopt. l. fin. ff. si quis in fraudem patron.* Iat. *in l. si arrogator. 22. num. 52. de adopt.* Non desunt tamen, qui eam quartam accipiunt de quarta vulgari, quæ ab intestato debetur, inter quos est, Ioh. Vaudus, *lib. 1 quæst. var. q. 29.* & Cujac. *ad l. 1. § si impubere. ff. de collat.* Iohan. Borcholt, Heig. Anton. Matthæus *ad hunc tit. Inst. de adopt. Lyclama. 6. membr. Eclog 5.* Arum. *Exerc. Iustin. 2. thes 19.*

35 Consequitur autem Impubes hanc quartam, vel condictione ex lege, (*a*) vel utili familiæ erciscundæ actione. (*b*)

a) *l. Papin. 8. §. si quis impubes, ff. de inoffic. testam. junct. l. un. ff. de condict. ex lege*, (b) *l. 2. §. si quarta, ff. famil. erciscund.* Ego *in Commentar. ad Inst. ad §. item. 4. de adopt. num. 19 fol. 152.*

36 Et hæc de personis, inter quas arrogationis negocium geritur: Modum sive formam arrogandi quod attinet, ad eam declaratur tùm rescriptum Imperatoris: (*a*) tùm ut arrogatio, ex Principis indulgentiâ factâ, apud competentem Magistratum intimetur. (*b*)

a) *l. Arrogationes. 6. l. in adoptionem. 8. C. de adopt. §. 1. Instit. d. t.* Leo tamen Imp. *Novell. 27. in fin.* permittit arrogationem fieri etiam coram ordinario loci Iudice. Atque ita hodiè rectè etiam arrogationem fieri existimat, Iacob. Rickius, *in Tractat. de unione prolium, c. 6. num. 4. & 7.* (b) *l impuberem. 2. Cod. de adopt.* Andr. Gail. *lib. 2. obser. practic. observ. 125. num. 8.*

37 Sequitur adoptionis species altera, adoptio scilicet, ita in specie dicta: Est autem Adoptio, quâ eum, qui alterius patriæ potestati subjectus est, in jus liberorum adscisimus.

§. 1. vers. Imperio magistratus. Instit. de adopt. l. 2. in princ. vers. Imperio magistratus. ff. dict. tit.

38 Hujus adoptionis inspectio incurrit tùm circa personam, quæ dat in adoptionem, & eam, quæ in adoptionem datur: tùm circa adoptionis formam. Perso-

Persona, quæ dat in adoptionem, parens esse debet, cujus patriæ 39
potestati subjectus sit is, qui datur in adoptionem. (a) Mater ergò & pater naturalis liberos suos naturales in adoptionem dare non possunt; neque filiusfamiliâs ipse alterius potestati, per adoptionem subjicere se potest. (b)

a) *d. §. 1. vers. Imperio Magistratus, ibi, in potestate parentum sunt, & §. Sed hodie. 2. Inst de adopt. l. 1. in princ. vers. Imperio Magistratus ff. d. tit.* (b) *l. Filius. 23. Cod de pact. l. Nec filius. 7. Cod. de reb. credit.*

Potest autem pater in adoptionem dare liberos suos, non solùm pri- 40
mi gradus, ut filium & filiamfamiliâs, sed & gradus ulterioris, ut nepotes, neptes, & cæteros descendentes: Item filium, quem ipse adoptavit. (b)

a) *d. §. Imperio Magistratus, vers. Qualis est filius, Instit. de adopt. d. l. 2. in princ. vers. Imperio. ff. d. t.* (b) *§. In plurimis. 8. Inst. h. t.*

Persona, quæ datur in adoptionem, in ejus potestate esse debet, à 41
quo datur in adoptionem, (a) nequerefert pubes sit, vel impubes, aut infans. (b)

a) *§. Sed hodie. 2. Instit. de adopt. l. 2. in princ. vers Imperio. ff. d. tit.* (b) *l. etiam 42. ff. de adopt.*

Impubes tamen, si pubes factus, non sibi expedire in potestate adop- 42
tivi patris esse probaverit, emancipandus est à patre adoptivo.

l. Etsi pubes. 33. ff. d. tit.

Et potest, qui in adoptionem datur, vel in locum filii, vel nepotis, 43
vel pronepotis dari: licet non filius, sed nepos; non nepos, sed filius; non pronepos, sed nepos sit in potestate ejus, à quo datur in adoptionem.

§ Licet autem. 3. & §. seq. Instit. de adopt.

At cùm quis habens filium, in locum nepotis adoptat aliquem, 44
quasi natum ex eo filio, necessum est, ut filius ille adoptioni consentiat, quamvis illius consensus necessarius non sit, cùm nepos ab avo suo in adoptionem datur.

§. Sed si quis, 7. Instit. hoc tit.

Porrò persona, quæ adoptatur, vel adoptatur ab extraneo, vel à 45
cognato suo ordinis superioris, veluti ab avo materno, aut paterno avo, vel proavo, in cujus potestate non est. Priori casu adoptatus non transit in potestatem adoptantis; sed jus tantùm succedendi ab intestato, in ejus bonis consequitur: Posteriori verò casu adoptatus potestati & familiæ adoptantis aggregatur.

§. Sed hodie, 2. Instit. h. t. & l. pen. Cod. eod.

Forma adoptionis in duobus consistit; Magistratus competentis 46
authoritate, & ut acta rei gestæ interveniant.

Digitized by Google

50 Competens Magistratus est, penes quem est legis actio; (a) qualis Romæ fuit Consul, & Prætor: in provinciis Præses & Proconsul. (b)

a) *l. 1. Cod. de adopt. l. 4. ff. d. tit. l. 3. ff. de offic. proconf.* (b) §. *in plurimis, Instit. de adopt. l. 3. l. emancipari, 36* §. *1. ff. d. tit. l. 4. Cod. eod.*

51 Hodiè verò competens Magistratus, coram quo adoptio fieri potest, est cujusque loci Magistratus supremus, ordinariam jurisdictionem habens: (a) veluti Princeps in suo principatu, Comes in comitatu suo, & quilibet alius Magistratus immediatè Imperio subjectus: (b) nisi statuto cautum sit, coram quo Magistratu adoptio fieri debeat. (c)

a) *l. ult. Cod. de adopt.* Ego *in* §. *1. Inst. hoc tit. num. 27. & seqq.* (b) Hi enim in causa similes sunt Præsidibus & Proconsulibus. (c) Sic Freiburgi in Brisgovia statuto cautum est, ut adoptiones coram Senatu fiant, ut testatur Perned. *ad tit. Instit. de adopt.*

52 Hinc, si Princeps vel Comes, Imperio immediatè subjectus, aliquem adoptare velit, adoptio illâ autoritate Cæsaris, vel Cameræ Imperialis, quæ concurrentem cum Imperatore jurisdictionem habet, (a) transigi debet. (b)

a) Andr. Gail *lib. 1. observ. pract. observ. 29. num. 2. & obs. 121. n. ult.* (b) Argumento illius, quod & hodiè hisce Principibus & Comitibus pupillis in Camera Imp. tutores dantur, Andr. Gail. *lib. 1. observ. pract. obs. 1. num. 47.* Dissentit Schrader. *de Feud. part. 2. 9. part. princ. sect. 10. num. 36.* Cravetta. *consil. 145. num. 2.*

53 Quòd si ipse Princeps, aut Comes filium suum in adoptionem alicui dare velit, apud se hanc causam transigere quod possit, putamus.

Arg. l. magistratum. 4. ff. de adopt.

54 Sic etiam Princeps, aut Comes filiusfamiliàs apud seipsum in adoptionem dari posse videtur.

Per l. si consul. 3. ff. d. t.

55 Apud competentem autem Magistratum ita hoc adoptionis negocium expeditur, si coram eo præsens sit, qui adoptatur, & is, qui eum adoptat, ac pater, qui dat in adoptionem dicat, velle se filium suum huic in adoptionem dare, & huic rei Magistratus ille authoritatem suam accommodet.

d. l. ult. C. de adopt. junct. l. si pater naturalis 29. ff. d. t.

56 Præter Magistratus competentis authoritatem & illud requiritur, ut acta rei gestæ interveniant, id est, ut publica adoptionis insinuatio fiat.

d. l. ult. junct. l. 2. in fin. C. de adopt. Tibet. Decian. *Responf. 120. numer. 12. vol. 3.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. practic. observ. 125. num. 8.*

57 Quod si omissa adoptionis debita & solenni forma transigatur, non vale-

valebit ea. (a) Vnde si quis coram vicinis, seu honestis viris recipiat aliquem in filium, receptus ille non dicitur adoptatus. (b) Confirmari tamen ab Imperatore potest adoptio non ritè facta. (c)

a] *l. adoptio. 4. C. de adopt.* (b) Tiber. Decian. *Resp. 120. num 15. fol. 3.* (c) *l. adoptio non jure facta 38. ff. de adopt.* Sed an Plebejus à nobili adoptatus nobilis fiat, disputo ego *in tract. de regal. cap. 2. num 37. & seqq.* adde Tyraq. *d. nobilit. cap. 15. num. 1. & 22.* & Iosiam Nolden. *de stat. nobil. cap. 8. conclus. 71.*

Clas. I. Disputat. XII.

De Unione Prolium.

Thesis I.

ADoptioni ab similis non est unio prolium, (a) quæ est parificatio liberorum diversi matrimonii à conjugibus concordiæ & mutuæ fidei inter ipsos conjuges, & liberos conglutinandæ causâ ritè facta. (b) Germanicè Ein Kindschafft. (c) 1

Iacob. Rickius ab Arweiler. *Tract. de unione prolium, cap. 9. unio & adoptio, quæ similia habeant, quæque dissimilia,* Valent. Forster. *Consil. 8. num. 2. sub Tomo 1. Consil. Marpurg.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. 125. nn. 6. & 8.* (b) *argum. l. Nec ei 17. §. 1. ff. de adopt. & l. 2. Cod. d. t. & §. Cum autem, ibi, An honestâ sit Instit. eod. tit.* Hunc finem pariationis prolium agnoscit quoque statutum Würtembergicum, *part. 3 tit 9. §.* Nach Anleitung / ꝛc. Quemadmodum adoptio, de qua disputatione superiori, sic & unio prolium, certis solennitatibus adhibitis fieri jubetur, de quibus paulo post. (c) de qua vid. Excellentiss. Dn Besold. *in thesaur. pract. lit. E. num. 14.* Et quomodo differant Ein Kindschafft / vnnd ein gemeine Brüderschafft. vid. Rickius. *d. nn. prolium cap. 6. num. 46. & cap. 7. numer. 2. & 30.*

Etsi verò pacta de futura successione jure prohibita sint, (a) unionem tamen prolium passim in Germania, aliisque regionibus consuetudine, vel statuto receptam esse constat. (b) 2

 a) *l. Li-*

x) *l. Licet. 19. & ultim. C. de pact. l. Hereditas 5. Cod de pact. convent.*
(b) Fürstl. Wirtemb. Neue Landrechts *part. 3. tit. 9. fol. 357.* Anac. Gail. *lib. 2 observ practic. observat. 125. num. 1.* Fichard. *consil. 74 num. 8 vol. 1.* Novis Germaniæ moribus prolium inductam esse sentit Valent. Forster. *dict. consil. 8. num. 2 & 10 Tomo 1. part 3. Votor. Cameral. voto 13 num. 8.* Et quia Vitricus privignum suum adoptare potest. *l. Nonnunquam 32. § 1. ff. de adopt.* non est à jure scripto communi aliena hæc de unione prolium consuetudo. Rutger. Ruland. *in thesaur. fruct. & interes. vol. 9. fol. 760. & seqq.*

3 Requisita unionis hujus substantialia sunt, ut fiat I. coram ordinario & competente loci Magistratu: *(a)* II. in præsentia tutorum sive curatorum prolis matrimonii prioris: *(b)* III. Præsentibus agnatis & cognatis quibusdam ejusdem prolis: [c] IV. Causa judicialiter cognita. *(d)*

a) *l. 1. & l. ult. Cod. de adopt. l. magistratum. 4. ff. eod. titul. & l. 3. ff. de offic. proconsul.* Dn. Besold. *ad partem 3. juris Würtemb. thes. 76.* (b) *l. Quod ne. 8. ff. de adopt. l. ultim. vers. Sed hæc omnia. Cod. de autor. præstand.* (c) Exemplo tutorum & curatorum; quippe cum hi ex agnatis & cognatis jure communi scripto eligantur. Confert textus *in §. Cum autem impubes, in fine, Instit. de adoption.* Accedit etiam Authoritas statutorum; sic Wittembergicum statutum, *part. 3. tit. 9. in prine. requirit*, daß der Kinder abgestorben Vatters oder Mutter halb nächster (auff wenigst) drey verständige Freunde darbey seyn. Andreas quoque Gail. *præter alios dict. observat. 125. num. 5. 7. & 8. lib. 2. observat. practic.* desiderat, ut consanguinei adhibeantur Rickius *d. Vnion prolium. c. 6. nu. 19. 23. & seqq.* (d) *d. l. Quod ne. 8. & d. l. Nec ei 17. §. Et primum quidem, ff. de adopt. l. 2. ibi, Id ei expedire apud Præsidem Provinciæ confirmaverit, & l. 3. Nec ullam idoneam causam, l. 4. & l. ult. ibi, Actis intervenientibus, C. eod. tit.* Has unionis prolium solennitates requirunt etiam Iacob. Rickius *lib. de unione prol. cap. 6. Quæ forma, quibusve solennitatibus celebrari debeat ista pariatio sive unio.* Andr. Gail. *dict. observat. 125. numer. 5. 6. 7. & 8.* Valent. Foster. *consil. 8. num. 1. sub volum. 1. consilior. Marpurg. & Assessores Cameræ Imp. Tomo 1. part. 3. votor. Cameral. voto 13. n. 8. & 12.* Dn. D. Besold. *vol. 2. consil. 29. quæst 5.* Dn. Blebst. *disp. 3. ad Statut. Würtemb. thes. 86.*

4 In causæ autem cognitione cumprimis & illud consideratur, quæ sint facultates liberorum primi matrimonii; & ipsorum parentum, ut ex comparatione earum æstimari possit, ipsis liberis an commoda & salubris sit futura Parificatio illa necne.

Per d. l. Nec ei 17. §. Et primum, 2. ff. de adopt.

Quò

Digitized by Google

Quò autem commodius id fieri possit, necesse est repertorium, quod 5
vulgò inventarium appellatur, de omnibus facultatibus ipsorum parentum, & liberorum prioris matrimonii ritè confici.

Per l. magis puto 5. §. 11. ff. de reb. eorum, &c. Rick. *de unione prolium cap. 6. num. 4. Idque exigit etiam statutum Wirtembergicum, part. 3. tit. 9. §.* Damit auch *&c.*

Quod si ex facultatum disparitate æquum judicabitur, ut prioris, 6
vel posterioris matrimonii liberis præcipuum aliquid in futura successione deputetur, id omninò fieri debet.

Arg. text. in d. l. necei, 17 §. Et primum. ff. de adopt. & §. cum autem, ibi, Expediatq; pupillo, Instit. dict. t. & d. l. 2. ibi, id ei expedire, C. *eod. tit. Atque ita cautum statuto Wirtembergico: dict. part. 3. tit. 9. §.* Nach anleitung. Dn. Blebst *ad Stat. Würt. disp 3. thes. 88.* 2

Etsi verò infans arrogari non possit, *(a)* quia tamen, adoptari 7
potest, *(b)* nihil impedit, quo minus etiam cæteris liberis parificari quear.

a) *l. 2 §. 1. ff. de adoptionib.* Ratio est, quia qui arrogatur, interrogatur, an se adoptari patiatur. Infans autem respondere ad hanc interrogationem non potest. §. *Pupillus, vers. Nam infans, Instit. de inutilib. stipulat. l. 1. in pr ff. de verb. oblig.* (b) *l. Etiam 42 ff. de adoptionibus.*

Puberes quod attinet liberos, vocandi sunt illi ad unionis actum, 8
& interrogandi, num consentire in liberorum pariationem velint, necne.

Arrogationi enim in actu præsentes esse debent puberes, & interrogandi, *d. l. 2. §. 1. ff. de adoption.* ut & in adoptionem eos consentire necesse est, argumento *text. in l. Etsi pubes 33. ff. d. t.* Statutum quoque Wirtembergicum *dict. part. 3. Tit. 9. §.* Da aber vnder den Kindern desiderat, ut liberi puberes in judicium vocentur, & interrogentur de suo consensu.

Est & illud hoc notandum, quod unio prolium purè fieri debet, 9
non in diem, vel sub conditione.

Est enim unio prolium actus legitimus, cum adoptio, cui unio assimilatur, talis sit actus *l. 4 ff. de adopt. l. 1. & l. 2. C. eod. tit. l. 3. ff. de offic. Proconsul. Pet. Faber. in l. Nemo 120. ff. de reg. jur. & lib. 2. Semestr. c. 24. pag. 521.* Confert huc, quod moribus nostris non convenit, filium habere temporalem, *l. Quæsitum 54. ff. de adopt. gl. magna in l. Actus legitimi 77. vers. Item est & alius, ff. de reg. jur.*

Sed quæstionis est, an exigatur à parentibus fictitiis satisdatio de re- 10
stituendis bonis unitorum? Negativa placet.

Iacob. Rick. *lib. de unione prol. c. 9. vers. Octavo arrogatur.* Anton.

Digitized by Google

Hering. *Tract. de fidejuss. c. 5. num. 286.* Bernhard. Grævæus *lib. 2. consluf. & consideral. conclus. 125.* Nisi consuetudine vel statuto aliud sit inductum, ut prædicti docent, quibus accedit Muscul. *de unione prol. lit. I. n. 91. & 92.*

11 Quod si unionis solennia non sint ritè & conjunctim observata, ipso jure nulla est unio.

l. 4. C. de adopt. Quoties enim plura copulativè requiruntur, omnium complementum exigitur, & non sufficit partis adimpletio, *l. si quis ita stipulatus fuerit 129. ubi Dd. ff. de verb. oblig. l. si heredi plures. 5. ff. de condit. instit.* Gail. *lib. 2. observat. pract. observat. 125. numer. 8. & seqq.*

12 Cæterum quæritur, si prædicta unionis solennia sint omissa, pro parte, vel omnino, an nihilominus liberi, si unionem sibi utilem perspexerint, probare eam & acceptare possint? Affirmativæ subscribendum judicamus.

Etsi enim jus quendam annullet actum ob non observatam juris formam, & solennitatem, volente tamen eo, in cujus favorem solennitas illa inducta fuit, & cujus commodum certò apparet, actus ille consistit, *l. cum hi 8. §. eam. 6.* ubi Bart. *& alii, ff. de transact. l. 2. ff. de acceptilat. l. Neq; tutoris. 7. C. de contrah. & commit. stipul. §. Pupillus, Instit. de inutilib. stipul. l. Obligari, ff. de authoritat. tutor. l. Non eo minus 14. C. de procur.* Accedit huc, quod solennitas, quæ in favorem alicujus lege introducta fuit, in ejus damnum extendi non debet, *l. Quod favore 6. C. de legib. & l. Nulla ff. eod. tit.* Dec. *in l. Pacta, quæ contra, n. 11. & in l. pen. num. 27. & seq. ff. de pact. & in c. Cum accessissent, num. 19. & seqq. extr. de constitut.* Pruckman. *cons. 2. n. 20. & cons. 42. n. 26.* Ludovic. Roman. *Consil. 453, conser huc* Petr. August. Morla *in Emporio quæstionum, part. 1. in prin. nis. ult. ubi scribit*, quod si aliquod statutum disponat, non valere contractum à muliere factum sine præsentia propinquorum, tale statutum intelligi debeat de contractibus mulieri damnosis, non utilibus, ut docet Bald. *in d. l. Neque tutoris. 7. C. de contrahend. & committend. stipulat.* quem sequitur Iason. *in d. l. Non eo minus 14. n. 3. C. de procurat. & in l. Is cui bonis n. 2. vers. Bene facit, ff. de verb. oblig. &* Consil. *229. n. 17. vol. 2.* Grat. *Consil. 331. col 3.* Tyraquell. *plures referens, Tractat. de legib. connubialib. gl. 8. n. 76.* Barb. *Consil. 35. n. 23. vol. 2.* Iohan. Petr. Surd. *dec. 248.* adde me *in Commentar. ad §. 1. Inst. d. adopt. n. 35.*

13 Vt adoptionis, sic & unionis prolium effectus est, patria potestas, quam vitricus in privignos & privignas adquirit.

Instit. de adopt. in prin. & §. Sed hodie & l. pen. C. eod. tit.

14 Dignitas quoque vitrici ipsis privignis accedit.

Per l.

Digitized by Google

Per l. In omni 13. ff. de adopt. Bodin. *lib. 3. de Republic. cap. 8.* Cujac. *36. queſt. Papin. pag. 20. & conſultat. 56.*

Ius quoque ſuccedendi unitis tribuitur in unientis hereditate. 15

Per §. Sed ea omnia Inſtit. de hered. quæ ab inteſtat. defer. & § ſed hodie, Inſt. de adopt. Plebſt. *ad Ius Munic. diſp. 3. th. 95.*

Et licet cum uniens pater victricus cum prioris matrimonii liberorum matre prolem non ſuſcepit, aliqui exiſtiment, efficacem manere unionem in vitrici hereditate privignis deferenda, (*a*) placet tamen nobis ſententia contraria. (*b*) 16

a) Rick. *de unione prolium, c. 7. n. 73.* Valent. Forſter. *dict. Conſil. 8 ſub vol. 1. Conſil. Marpurg.* Bart. Muſcorn. *de ſucceſſ. convent. claſſ. 1 membr. 3. de unione prolium. n. 124.* Bernhard. Grævæ. *lib. 2. practic. concl. 125. n. 4.* (b) vid. Dn. D. Beſold. *part. 3. diſp. Würt. th. 89.* Tum quia unio principaliter fit non propter parentes, ſed propter liberos, & in eorum favorem: tum quia pactum unionis habet in ſe tacitam conditionem, ſi liberi naſcantur. Nullis igitur communibus liberis natis, deficit conditio, proindeque corruit diſpoſitio, ſive pactum, per ea, quæ notant Paul. de Caſtr. Aretin. Imol. *in l. Qui ſuperſtites ff. de adquir. vel amit. hared.* Bald. & Alex. *in l. Pactum dotali. 3. C. de collat.* Tum etiam quia hoc caſu non unio, ſed adoptio eſſet dicenda. Adoptio autem facta non fuit, ſed unio tantum; quæ cum finem ſuum non ſit aſſecuta, perinde eſt, ac ſi facta non fuiſſet. *Atque ita judicatum* Im Fürſtl. Würtemb. Hofgericht *Anno 1583 die 22. Auguſti, & cautum novo jure Würtembergico, part. 3. tit. 9. §.* Wann nun dergleichen. Non obſtat quod unio prolium eſt actus legitimus, proindeque diem vel conditionem non recipiat. Tacitè enim recipit. *l. Actus legitimi 77. ff. de reg. jur.*

Si quoque conjuges unionem prolium conſtituentes, liberos quidem communes ſuſceperint, illi autem ſuperſtite utroque conjuge poſtmodum deceſſerint, unionis pactum intelligitur planè extinctum. 17

Rickius *quidem Tractat. de unione prolium cap. 7. num. 40 & 73.* & Valentin. Forſter. *dict. conſil. 8. vol. 1. Conſil. Marpurg. exiſtimant*, hoc etiam caſu unionem prolium effectum ſortiri, quò ad libetos ab uno conjugum allatos in matrimonium: Verùm, quia & hoc caſu finis pacti unionis, qui tempore delatæ ſucceſſionis conſideratur, deficit, extincta quoque videri debet ipſa unionis pactio. *Id* quod conſtitutio quoque Würtembergica ſpectat; Landrecht. *part. 3. tit. 9. §.* Wie dann ins gemein. *fol. 360.* Proindeque diſponit ut & hoc caſu pro infecta habeatur unionis pactio. Et confert hùc, quod pactum unionis prolium ſpecies eſt ultimæ voluntatis. Si autem hæres inſtitutus, vel mortis cauſa donatarius moriatur ante teſtatorem, vel donatorem, infirmatur

matur illa ultima voluntas, per jura notiſſima, ergò & pactum unionis. Confer huc, quæ habet Menoch. *adipiſcend. poſſeſſ remed. 2. num. 38.* Gabriel. *lib. 4. pract. concluſ. 7. num. 224.*

18 Quòd ſi verò utrinque in matrimonium adferantur prioris conjugii liberi, illique ſoli tempore mortis unius conjugis adſint, nullis ex ultimo matrimonio communibus liberis extantibus, unio efficax cenſeri, & liberi utriuſque matrimonii, ad defuncti parentis hæreditatem admitti debent, ac ſi omnes prognati ex ultimo illo matrimonio eſſent.

Huc faciunt rationes, quas adductas videmus à Rickio, *de unione prolium, dict. c. 7. num. 40. & 73.* At ſecùs cautum Statuto Würtembergico, *dict. part. 3. tit. 9. §.* Wie dann ins gemein/ ꝛc. Vbi Dn. D. Beſold. *theſ. 89.*

19 In ipſo autem unionis pacto nomine *liberorum* Kinder/ non ſolùm prim', ſed & ulterioris gradus liberos ſignificatos putamus.

Per l. Liberorum appellatio. 220. in princ. ff. de verb ſignif. §. Illud proprium. 11. Inſtit. de adopt. Rick. *de unione prolium, dict. c. 7. num 57. 58. & 59.* Mantica *de conjectur. ultimar. volunt. lib. 8. tit. 8. num 12. 15. & 16.* Adde Bald. *conſil. 413. num 1. &* Tyber. Decian. *conſil. 47. vol. 3.* Landrecht. *part. 3. tit. 9. §.* Vnd iſt hiebey zuwiſſen.

20 Eſt autem quæſtionis non contemnendæ, an pactum unionis prolium teſtandi facultatem ipſis parentibus adimat? Et licet Iacob. Rick. id exiſtimare videatur: (*a*) verior tamen putanda eſt ſententia contraria. (*b*)

a] *Tractat. de unione prolium, c. 3. verſ. Quamvis hic reſpondere poſſem.*

[b] Facultas enim teſtandi ipſis parentibus tacito ipſo unionis pacto adempta non cenſetur. *per l. 1. Cod. de SS. Eccleſ. l Quod ſi iterùm. 4. & l. ſeq. ff. de adimend. legat. l ſi quis, in princ.* ubi Bart. & communiter Dd. *ff. de legat. 2.* Sicuti nemini ea eripi poteſt, etiamſi Iuramentum intervenerit, *l. Non dubium. 5 Cod. de legib. c. Non eſt obligatorium, de regul. jur. in 6.* Iul. Clar. *lib. 3. recept. ſent. §. Teſtamentum, quæſt. 94. num. 4.* Zaſ. *in l. ſtipulatio hoc modo concepta. in princ. ff. de verb obligat.* Græv. *lib. 2. concluſ practic. 125. conſid. 1. num. 1.* Accedit, quòd etiam communibus liberis exiſtentibus, id permiſſum eſt parentibus: ut & ſi liberi adſint adoptivi, *§. Adoptivi liberi, Inſtit. de exhæredat liberor.* Atque ita conſuluit etiam Fichard. *conſil. 74. num. 7. & ſeqq. vol. 1. & conſil. 89. num. 1. & ſeqq. in deciſ. primæ quæſtionis, vol. 2.* Petr. Gilken. *in l. pactum, quod dotali, 15. num. 104. Cod. de pact. & tractat. de præſcript. part. 3. c. 3. num. 221.* Dn. D. Beſold. *dict. diſput. 3. ad Statut. Würtemb. theſ. 74. & in delibat. ff. part. 1. fol. 123.* Sed an ſtante unione prolium parentes alicui ex liberis prælegare quid poſſint, einen Vorauß verſchaffen? de quâ quæſtione agit. Idem Dn. D. Beſold. *decad. 3. conſil. 9.* Sita-

Si tamen uniens parens, in magnum alterutrius matrimonii liberorum detrimentum dolosè condat testamentum, vires illud meritò obtinebit nullas, in bonis maximè, quæ prioris matrimonii liberis ante unionis pactum adquisita fuerunt. 21

Pater enim fictitius, & naturalis pater æquiparantur, per text. *in* §. *Nunc autem, Instit. de adquisit. per arrogat.* ut & liberi fictitii ac naturales liberi, *gloss. in* §. *Sed etsi decedens, in verb. Bonorum, Instit de adopt.* Sed naturalis pater nihil potest disponere in bonis liberorum maternis, quod ad præjudicium ipsorum pertineat, *tot. tit. Cod. de bonis matern.* Quin etiam fictitius pater liberis arrogatis impuberibus quartam bonorum priorum relinquere jubetur, si eos injustè exhæredare, vel emancipare velit. §. *Item non aliter, ubi* Thomas Linus, *& alii, Instit. de adopt. l. 2. C. de adopt. l. si arrogator. 22. §. 1. & ibi* Iason. *ff d. t. l. fin. ff. Si quid in fraud. patron. l. 1. §. si impuberi, ff. de collat. bonor. leg.* Papinianus, §. *si quis impubes, ff de inofficios testament.* Iohan. Vaud. *lib. 1. quæst. Var. quæst. 29.* Atque hanc de ejusmodi testamento parentis unientis sententiam amplectitur. Fichard. *dict. consil. 89. num 7 vers.* Doch wil Ich / ꝛc. *& num. seqq.* Fichard. sequitur Græv. *lib 8. conclus. conclus. 125. consid. 1. num. 2.*

Postremò non est hîc omittendum, quod unio prolium ritè & solenniter facta, postmodùm revocari non potest. 22

Arg. l. 5 Cod de obligat. & action. l. 5. Cod de rescind vendit. Barthol. Muscul. *Tractat. de success. convent. class. 1. membr. 3. lit. R. num. 28. & 135.* Fürstl. Würtemberg. Landrecht/ *part. 3. tit. 9.* §. Hierauff gebieten; *fol. 361.* Declarari tamen obscura si videatur; adhibitis tamen requisitis unionis potest, Fürstl. Würtemb. Landrecht. *dict. tit. 9.* §. Wa dann vor diesem. Rick. *de union prol. c. 10. num. 14. & seqq.* Nam non omnimodò in terminis ultimarum voluntatum persistit, sed in contractum ultrò citròq; obligatorium transit. Illud tamen notandum, uniones minùs solenniter factas, ritè & solenniter & de novo in meliorem statum reduci posse, Landrecht. *dict. tit. 9.* §. wann dann vor diesem.

Si tamen notorium & manifestum fuerit, pernicioſum esse commissum errorem, vel dolum, aut enormissimam apparere læsionem, quâ liberis matrimonii prioris, præter bona ipsis anteà quæsitâ, legitima quoque deminuta sit, æquum est retractari unionis pactum. 23

Per l. Interpositas. 13 l. sub prætextu. 19. & l. sub prætextu specierum. 29. Cod. de transact. l. si superstite. 5. ibi, si læsa es immodicè. Cod. de dolo malo, l. si cum te, ff. de pact. l. Inter stipulantem, §. 1. & l. Continuus, §. 1. ff. de verb. obligat. l. si per errorem, ff. de jurisd. & l. Nihil consensui, ff de reg. jur. Fürstl. Würtemb. New-Landrecht/ *part. 3. tit. 9.* §. Gestalt dann auch/ ꝛc. Omne

Digitized by Google

enim immoderatum ad æquiorem calculum & justiorem proportionem redigendum est. *l. Vndè. 70. ff. pro socio. l. majoribus. 3. Cod. comm. utriusque judic.*

24 Revocari quoque potest per parentem ipsa unio ob insignem ingratitudinem per unitos in ipsum commissam.

Arg. l 1. l. His solis. 7. l. Donationes. & l. ult. Cod. de revocand. donat. & Novell. 115. c. 3. & 4. Iacob. Rick. *Tractat. de union. prol. c. 10. non procùl à fine, vers. Hoc tamen ultimo casu diligenter advertant,* Græv. *dict. lib 2. concluf. considerat. 1. nu. 3.* An per læsionem possit rescindi unio. vide Dn. D. Besold. *dict. disp 3. thes. 92.*

25 Denique ut justum matrimonium, itemque adoptio, & cui similis est unio prolium, modi sunt constituendi potestatem patriam; sic & ingratitudo emancipatæ prolis iisdem connumeratur modis. Etsi enim emancipati liberi in patriam potestatem non revertantur inviti. (a) Si tamen doceantur ingrati, ut si patrem contumeliis afficiant, si pulsent, si verberent, rescissa mancipatione revertuntur in patris potestatem. (b)

a) *l. ult. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* (b) *l. un. Cod. de ingrat. liber. & l. Qui liberatus 12. ibi honestè reverti non potest. ff. de adopt.* Ad revocandum autem in potestatem filium emancipatum ingratum actio datur ingrati, Cujac. *in d. l. un. Cod. de ingrat. liber.*

Clas. I. Disputat. XIII.

De Modis Dissolvendi Jus Patriæ Potestatis.

Thesis I.

1 De Adquisitione potestatis patriæ hactenùs. Succedit ejus solutio: quæ est modus perimendi patriæ potestatis jura, civili jure definitus.

Non potest desinere, quis habere in potestate, nisi exierint liberi, quibus modis, & casibus solent, *l. patre, 8. in princ. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.*

2 Contingit autem solutio patriæ potestatis vel morte, vel inter vivos. Mors

Mors vera est, vel quasi mors. (a) Illam vocant naturalem; hanc civilem. (b) 1

a) §. *Cùm autem, 1. ibi, quasi eo mortuo, Instit. Tit. Quibus modis jus patriæ potest. solv.* (b) Barthol. *in l. Deo nobis, 56. Cod. de Episcop. & Cler.* Alexand. *consil. 1. num. 37. vol. 5.*

Verâ morte, ut quæ naturaliter contingit, solvitur patria potestas, si vel parens, vel liberi vitam ponant. 4

Mors enim omnia solvit, *Novell. 22. de nuptiis. c. 20. Deinceps autem, §. Non autem, 1. Instit. de perpetuis, & temporal. act. §. Nos autem, Instit. de public. judic.*

Quòd si tamen parens simùl & filium, & nepotem ex filio in potestate habeat, parentis morte filius tantùm sui juris efficitur, non etiam nepos. Is enim in sui patris potestatem recidit. 5

d. §. 1. Instit. Quibus modis jus patriæ potestat. solvitur. Vlpian. *in Instit Tit. extr. &* Cajus, *lib. 1. Instit. tit. 6.*

Quasi mors est amissio civitatis: ut cùm ex numero civium Romanorum, quis tollitur; puta deportatione, aliavè pœnâ, quâ civitas amittitur; & captivitate. 6

§. Cùm autem is, 1. Instit. Quib. mod. patria potest. solv. l. verùm. 63. §. ult. ff. pro socio, l. 1. §. Sed etsi morte. ff. Quando de peculio actio annal. sit, l. servitutem. 209. ff. de regul. jur. Quæ lex non de omni servitute loquitur, sed tantùm de servitute pœnæ, *ut ostendit* Cujac. *libr. 18. observ. 13. &* Petr. Faber. *ad l. Quod attinet. ff. de reg. jur.*

Deportatio fieri dicitur, cùm reus ob crimen aliquod in exilium mittitur, atque ita ex numero civium Romanorum tollitur. 7

d. §. Cùm autem, 1. Instit. Quibus modis patr. potestas. solv. & hinc deportatus expers est patriæ potestatis, cùm hæc propria sit civium Romanorum & ad eos tantùm pertineat, *§. Jus autem potestatis, 2. Instit. de patriâ potest.*

Deportati, quia è numero civium Romanorum exempti sunt, dicuntur quoque ἀπόλιδες, (a) Item peregrini, (b) & ad peregrinitatem redacti. (c) Item exules. (d) 8

a) *l. 1. §. Hi quibus, ff. de legat. 3. & l. sunt quidam. 17. §. 1. ff. de pœnis.* (b) *l. 1. C de hæred. Instit.* (c) *l. Sed si. 10. §. Sed si per pœnam, ff. de in jus vocand.* (d) *l. 2. ff. de public. jud.*

Quandoque tamen exilii appellatio pro relegatione ponitur; (a) Sed Impropriè; cùm alius sit exul, alius item relegatus. (b) 9

a) *Sed etsi. 4. in princ. ibi, aut se forte in exilium salva civitate abiit, ff. si quis cautionib. l. exilium 5. ff. de interdict. & relegat. l. 1. Cod. de fidejussoribus;* quæ lex est de relegato, non deportato. Petr Faber, *in l. Ea so-*

la. 97. in princ. ff. de reg. jur. Confert illud Ciceronis pro Cœcin. Non adimitur exulibus civitas, sed ab eis relinquitur, atque deponitur. *Vide* Augustin. *3. emendat. cap. 6.* Duaren. *libr. 1. disp. anniversar. c. 37.* & Iohan. Robert. Aurel. *lib. 4. sentent. c. 11. in fin.* (b) Vt testatur Ovid. *hoc versu:*

Quippè relegatus, non exul dicor in illo.

Et de differentia inter deportatos & relegatos, vide Peregrin. *de jur. fisci. lib. 3. tit. 5.* Gilhausen. *in arbor. jud. civil. cap. 1. part. 1. de jurisdict. §. 3. num. 77.*

10 Interdùm verò exilium est pœna, à deportatione, & relegatione distincta: *(a)* Et quidem minor relegatione. *(b)*

a) Iul. Paul. *lib. 5. recept. sentent. Tit. 17.* (b) *per l. 4. Cod. de his, qui notantur infam.*

11 Alia pœna, quâ similiter civitas amittitur, & consequenter patria potestas solvitur, est pœna perpetui metalli: ut cùm aliquis ob commissum crimen in publicum & perpetuum ministerium effodiendi, portandi, tractandique metallum damnatur.

§. 3. vers. Servi autem pœnæ. Inst. tit. Quib. mod. jus patriæ potestat. solvitur. l. Aut damnum. 8. §. Est pœna, & §§. seqq ff. de pœnis. Hic olim servus pœnæ efficiebatur, *§. pœnæ servus, 3. Instit. Quib. mod. jus patr. potest. solv. & d. l. Aut damnum, 8. §. in ministerium, versic. Et siquidem, ff. de pœnis.* Ex Iustiniani verò Constitutione, *Novell. 22. c. 8. Quoniam autem, &c.* salvam retinet libertatem, civitatem verò amittit, Cujac. *dict. loco, pag. 156.* Huic comparari hodiè potest ille, qui ad triremes damnatur. Efficiebantur & illi servi pœnæ, qui ad bestias damnabantur, ut ab iis consumerentur, *d. §. servi autem pœnæ, Instit. quib. modus patriæ potest. solv.* Cujac. *in lib. 13. observ. c. 10.* Vt & hi, qui in ludum vel venatorium, vel gladiatorium damnabantur, *d. l. Aut damnum. 8. §. Quicunq;.. ff. de pœnis,* Cujac. *ad* Iul. Paul. *dict. lib. 4. tit. 17.* Item illi, qui ad gladium damnabantur, *l. si quis mihi bona. 25. §. si quis planè. ff. de adquir. vel amit. hæredit. l. si quis filio. 6. §. Sed etsi, ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Iul. Paul. *lib. 5. sentent. tit. 17.* Cujac. *dict. lib. 13. c. 10.* Sed pœnam ad gladium sustulit Constantinus Imperator, *in l. un. Cod. de gladiatoribus.* At ludus gladiatorius non videtur sublatus, Cujac. *dict. cap. 10.* Hodiè quoque ex Iustiniani lege nemo servus pœnæ ob crimen efficitur, *dict. Novell. 22. cap. 8.*

12 Qui verò in perpetuum, vel ad tempus relegantur, nihil ex his, quæ juris civilis sunt, perdunt: [a] Sed tantùm in certum locum mittuntur, vel à certis locis excluduntur, cùm existimationis (quod notandum) imminutione [b]

a) *l. Relegati 4 ff. de pœnis, §. Relegati autem, 2. Instit. quib. mod. jus patriæ*

patriæ poteſt. ſolv. (b) *l. capitalium 28. §. cæteræ. ff. de pœnis, l. cognitionum, 5. §. minuitur, ff. de variis, & extraord. cognit.* Peregrin. *de jure fiſci. lib. 3. tit. 5. paſſim.*

Quamvis autem aliquis damnatus jura civium Romanorum amiſe- 13
rit, indulgentia tamen Principis ad ea reſtitui poteſt.

§. Cum autem, verſ. Sed ſi ex indulgentia. Inſtit. quib. mod jus patriæ poteſt. ſol. l. 1. & l. ult. in fin. C. de ſentent. paſſis. Et quando Imperator in ſua indulgentia verbo, *reſtituo*, uſus eſt, tunc damnatus omnia recuperat, quæ amiſit, *l. 1. §. De qua autem, ff de poſtul. l. 1. l. 2. in fin. l. 4. l. 6. & l. 9. C. de ſentent. paſſ.* Si verò Imp. ſimplici indulgentia erga deportatum utatur, nec uſurpet verbum RESTITUO, tunc pœnam tantum remittit, & reditum duntaxat tribuit. *l. Generaliter — d. l. ult. C. de generali abolit.* Cöpen. *lib. 1. obſerv. 59.* Sed an præſes provinciæ deportare poſſit? examinavi *in tract de regal. cap. 5. num. 67.*

Cæterum captivitate jus patriæ poteſtatis relaxatur, cum vel pa- 14
rens, vel liberi ab hoſtibus capiuntur. Quibus tamen poſtliminio reverſis, reviviſcit patria poteſtas.

§. Si ab hoſtibus. Inſtit. Quib. mod. jus patriæ poteſt ſolv. Hoſtes ſunt, quibus bellum populus Romanus decrevit, aut huic illi, *l. Hoſtes 118. ff. de verb. ſignif. l. Hoſtes 24. ff. de captiv. & poſtlim. reverſ.* Poſtliminium eſt jus, quo quis id, quod captivitas eripuit, recuperat, *l. Poſtliminium 19. in princip. ff d. tit. & ibi* Cujac. *in Paratitl.* Dictum à limine, & poſt, *§ Dictum eſt autem, Inſtit. quib. mod. jus patr. poteſt. ſolv.*

Inter vivos perimitur jus patriæ poteſtatis vel ipſo jure, vel facto 15
patris.

Ipſo jure ſolvitur patria poteſtas duobus modis: certa quadam fi- 16
lii dignitate; & nuptiis liberorum.

Certa filii dignitas, quâ patriæ poteſtatis jus tollitur, eſt ſumma 17
Patriciatus dignitas: [a] quæ eſt, cum Imperator aliquem ſibi patrem facit; [b] quod fit, præſtitis Imperatoriis codicillis, ſive diplomatis. (c)

a) *§. Filiusfamilias. 4. Vbi ego in meo Commentar. num. 1. & ſeq. Inſtit. Quibus modis jus patr. poteſt. ſolv.* [b] *l. ult. ubi* Cujac. *C. Decurſulib. lib. 12.* (c) *d. §. Filiusfam. 4. & Novell. 81. in princip.*

Ejus quoque generis eſt conſulatitas, Præfectura Prætoriana, Præ- 18
fectura Vrbicaria, in actu conſtituta, Magiſterium militum, patronatus fiſci, principatus agentium in reb[illegible] ſacrorum ſcriniorum & Epiſcopalis dignitas: (a) It[illegible] eſt pubertatem cœptus. (b)

a] *Dict. Novell. 81. junct. l.* [illegible] proxima[illegible] 10. & junct. Novell. 38. in princ. §. Et non.* Olim t[illegible] cum monachatus, [illegible]ularis dignitas

[illegible] *ult. Cod de* [illegible] O 3 amen[illegible] non

non solvebat patriam potestatem, ut nec militia, *d. §. Filiusfam. Institut. quib. modis jus patr. potestat. solv.* [b] *can. placuit. 8. & can. sunt non nulli. sanct. 16. quæst. 1 auth. ingressi. C. de Sacrosanct. Eccles.* Glossa & Bart. *in l. si ex causa. §. Papinianus, ff. de minoribus* Bald. *in l. 2. C. de liber. exhib.* Costal. *in l. 4. ff. de judic. facit t. 2. ubi* Panormitan. *extr. de regularib.* Gomez. *tom. 1. var. resol. cap 3. num. 20. in fin.* At dissentit Speculator. *Tit. de dativo tutore. num. 1. ubi scribit*, quod filiusfam. in monasterium ingressus, maneat in potestate patris. Berlich. *part. 2. conclus. practicab. 11. num. 51.* Enenckel. *de privil. parent. & liber. privil. 1. cap. 4. n. 10.* Tuschus. *pr. conclus. tom. 6. lit. P. conclus. 132. num. 6. & 12.*

19 Sed quæstionis est, liberetne filium à patria potestate clericatus? Negativam existimamus [illegible] veram in clericis, qui Episcopi non sunt.

c. Si annum. in fin. tit. de judic. in 6. facit c. constitutus. ubi Panormitan. *extr. de in integr. restitut.* certi enim sunt modi, quibus liberi ex patria potestate abeunt, *d. l. patre, 8. ff. de his, qui sui, vel alieni juris sunt*, quibus modis nusquam, quod meminerimus, clericatus annumeratur. Baldus tamen fretus authoritate Hostiensis, *in l. Apud hostes, num. 6. C. de suis, & legit.* scribit, quod dignitas sacerdotalis liberet à patria potestate; Nisi intelligas eos de dignitate sacerdotali, quam sustinet Episcopus, qui etiam Sacerdos appellatur, *l. Quisquis 6. l. Eum qui 19. c. de Episcop. & Cler. & Can. cleros, distinct. 21.*

20 Quod tamen ad negocia attinet spiritualia, effectus tantum patriæ potestatis in clerico filiosam cessat.

c. Si annum. Tit. de judic. in 6. Sic quiescit patria potestas in negotiis, & muneribus publicis, in quibus filiusfam. loco patrisfam. habetur, *l. Filiusfam. ff. de his, qui sui, vel alieni juris sunt.* Cessat quoque in his, quæ ex causis publicis descendunt, ut in peculium castrense, & quasi castrense, *l. 4. ff. de judic. l. 1. in fin. & l. 2. ff. de Senatusconsulto Maced. & §. Igitur liberi, Institut. tit. per quas person. cuique adquir.*

21 Etsi verò quibusdam dignitatibus jus patriæ potestatis salvatur, non tamen desinunt eo modo liberi in patris sui esse familia: ut nec ejus

[illegible]

l. 3 §. ult. ff. ad Senatusconsultum Macedon. & Novell. 81. cap. 2. An vero & quatenus Doctoratus liberet à patria potestate ostendit Berlichius *tom. 2. pract. concluss. 11. num. 50.* Henning. *de fidejussor. cap 7. numer. 624.*

22 Nuptiis patriæ potestatis vincula [illegible] rumpuntur, cum liberi contractis nuptiis aliò domicilium transferunt, & proprium habere focum incipiunt, non quidem jure civili scripto, quo manet in patris potestate filia uxor facta [illegible] moribus tantùm Germaniæ. (b)

a] *l. 1.*

a) *l. 1. C. de bonis, quæ liber. l. 4. C. Solut. matrim. & l. patris, ff. ad leg. Iul. de adulter.* (b) Sichard. *ad Rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. & in l. ubi adhuc, 29. num. 15. & 16. C. de jure dot.* Zas. *in l. utrum turpem. numer. 4. ff. de verbor. oblig. pag. 676.* Rauchbar. *part. 2. quæst 18. num. 24.* Graff. *lib. sentent. §. fin dos. quæst. 4. n 9. in fin. vers. quia cum hodie pag. 467.* Sed vide Sichard. *in l. 3. in fin. C. de jure delib.* Iure quoque Wirttembergico liberi proprium domicilium ac focum contractis nuptiis adepti, liberantur à patria potestate. Fürstl. Würtembergisch Landrecht / das Alte *pag. 244. in princip.* das newe / *pag. 315. §.* Wurden auch schon / ꝛc. In Hispaniæ quoque ex lege Regia filius contracto matrimonio paterna potestate liber fit, ut scribit Didacus Covarruvias *in 4. lib. Decretal. part. 2. cap. 7. §. 1. in fin.* Iohan. Guttierez *de juram. confirm. cap. 4. num. 10.* Similiter in Pictavia, quam primum matrimonium est contractum, ex more illius gentis, uxor est in potestate mariti, nec amplius potestati patris subjecta, Andr. Tiraquell. *de legibus connubialibus & jure maritat. gloss. 1. part. 1. num. 1. & seqq. & gl. 2. num. 1. & gloss 3. num. 1.* De Regno Franciæ, & Ducatu Britanniæ idem de omnibus liberis, masculis, & fœminis generaliter scribit Nicol. Boer *decis. 197. num. 3.* Vt & de Lombardis Chassan. *in consuetud. Burgund. Rubric. 4. §. 1. num. 19. pag. 302 &* Tiraquell. *de legib. connubialibus, gloss. 1. part. 1. num. 3.* Olim quoque jure civili filiafam. transibat in potestatem mariti, quando nuptiæ per coemptionem, & in manuum mariti conventionem contrahantur. Vlpian. *tit. Institut. 23 Quemadm. testam. tump. §. Agnascitur, ibi, aut in manum conveniendo,* N. Hotoman. *lib. singul. observat quæ ad veterem nuptiar. ritum pertinent. cap. 16. & seq. &* Ioan. Borcholt. *Tract. de gradib. cap. Quotuplex fuerit apud Romanos matrimonium, pag. 35. & seqq.*

Facto patris revellitur vinculum patriæ potestatis duplici modò: 23
Emancipatione, & adoptione. Ad quam utramque & patris, & filii requiritur consensus. Pater regulariter cogi non potest ut emancipet, aut in adoptionem det alicui filium suum, (a) & ne quidem Principis rescripto. (b) Neque invitis filiis parentes liberos suos de potestate patria dimittere possunt. (c) Infantes tamen sine consensu ut in adoptionem dari, (d) sic & emancipari possunt. (e)

a) *§. ult. Instit. Quib mod. jus patriæ potest. solv. l. Non potest, 31. ff. de adopt.* (b) *l. 4. C. de emancipat.* Sunt tamen certi casus, quibus filium suum pater emancipare cogitur. *l. Nonnunquam 32. ubi gl. & l. seq. ff de adopt. l. ult. C. de spectacul. lib. 11. l. si lenones, C. de Episcopal. audient.* (c) *Novell. 89. c. 11. Generaliter,* (d) *l. etiam 42. ff. de adopt.* (e) *l. Iubemus 5. in fin. C. de emancipat.*

Est autem emancipatio actus, quo parens liberos suos, unum, vel 24
plures

Digitized by Google

plures sui juris solenni modo constituit, sive eos in sua potestate habeat, (a) sive adoptione quæsitos non habeat in sua potestate; qualis est extraneus adoptator, item mulier adoptans. Nam & hujusmodi parentes emancipare possunt. (b)

a) § *Præterea emancipatione. 6. Instit. Tit. Quib. modis jus patriæ potestat. solv. l. non nudo 3. l pen. & ult. C. de emancipat.* (b) *d. l. pen. §. 2. fin autem*, ubi Bald. *C. de emancipat. l. cum in adoptivis. 10. §. 1. ibi, per emancipationem jura adoptiva fuerint dissoluta. C. de adopt.* Dicta est emancipatio quasi è manu traditio. Alciat. *in l. pupillus. 239. ff. d. verbor. signif. num. 2.*

25 Emancipatio duplex est: Anastasiana, & Iustinianea. Legitima emancipatio exposa est Iustiniani constitutione.

Cujac. tamen & post eum alii *in dict. §. Præterea*, dividunt emancipationem in legitimam, Anastasianam & Iustinianeam. Sed malè, cum legitima emancipatio sit rejecta, *d. §. præterea. 3. vers. Nostra autem. Instit. Quibus mod. jus patr. potest solv. & l. ult. Cod. de emancipat.* Brisson. *lib. 1. antiquitat. c. 11.* Alciat. *pareg. lib. 2. c. 20. & lib. 3. c. 11.* adde Vultejum *lib. 1. Iurisp. Roman. c. 24. circa fin.*

26 Anastasiana emancipatio est, cum pater impetrat ab Imperatore rescriptum, ut sibi filium absentem emancipare liceat, & impetratum illud rescriptum judici competenti insinuat.

l pen. C. de emancipat.

27 Iustinianea emancipatio est, cum parens, & filius emancipandus se sistunt apud competentem Magistratum, & parens ibi de voluntate sua testificatur, se eum filium è potestate sua dimittere.

d. l. ult. C. de emancipat. dict. §. præterea. 9. verfic. nostra autem. Instit. quib. mod. jus patriæ potestat. solvitur.

28 Competens autem Magistratus jure Iustinianeo hìc dicebatur is, penes quem legis actio erat; (a) veluti Consul, & Prætor in urbe. Item Præses, & Proconsul in provinciis; ut & Magistratus municipalis, qui legis actionem habebat.

Iul. Paul. *lib. 2. recept. sentent. tit. 35.* ubi Cujac. *l. 1. C. de emancipat.* Idem Cujac. *in paratit. Cod. tit. de magistrat. municipal.*

29 Nostro autem hoc seculo competens in emancipationis negocio est Princeps, & Comes quisque in suo territorio; cum hi loco Præsidum sint. Qui verò immediatè imperio subjecti sunt, competentem ad hunc actum habent magistratum sive judicem ipsummet Imperatorem, vel Cameram Imperialem; Coram qua aliquot ab hinc annis Comitem quendam filios suos emancipasse comperimus.

30 Potest tamen Princeps, & Comes proprios filios apud seipsum emancipare.

Per

Per text. in l. magistratum. 4. ff. de adopt.

At quæstionis est, an & hîc in emancipationis negocio acta rei ge- 31
stæ intervenire debeant? *(a)* Ajens opinio probabilior nobis vide-
tur. *(b)*

a) De hac quæstione dubitat *gl. in d. l. pen. in verb. sub gestorum*, C. *de emancipat. & in l. Emancipatione 11. C. de fide instrument.* Sed Paul. Castr. & Bart. *dict. loco*, ut & Donell *lib. 2. comment. juris civil. cap. 26. pag. 124.* affirmativæ inhærent. *(b)* Tum quia adoptio, cui similis est emancipatio, acta requirit: Tum quia apud eundem magistratum fit emancipatio, apud quem expeditur adoptio: Tum etiam *per text. in l. Actum. 8. C. de feriis, & d. l. pen. ibi, sub gestorum testificatione*, C. *de emancipat. & c. Quoniam, extr. de probat.*

Potest autem emancipatio expediri quocunque loco, *(a)* & tem- 32
pore, etiam die feriato. *(b)* Siquidem jurisdictionis sit voluntariæ. *(c)*

a) *l. emancipari. 36. ff. de adoptionib.* (b) *d. l. Actum. 8. C. de feriis.* (c) *l. 2 ff. de officio Proconsul.* ubi verbo, MANUMITTI, & servorum manumissio, & emancipatio liberorum significatur. Antiquitus enim emancipatio per intercedentes manumissiones celebrabatur, *dict. §. Praterea. Instit. Quib. mod. jus patriæ potestat. solv.* Et nemo emancipari poterat, nisi in imaginariam servilem causam deductus esset, *l. 3. §. 1. ff. de capite minut.*

Adoptione dirimitur patria potestas, cum quis prolem suam alicui 33
ex adscendentibus, puta avo filii suo materno, vel si ipse pater sit emancipatus, avo, vel proavo paterno, & materno in adoptionem dat.

§. Sed etsi pater. 2. Instit. quib. mod. jus patriæ potest. solvitur. §. Sed hodie. 2. Instit. de adopt. & l. In adoptivis. 10. C. de adopt.

Hoc autem modò non tam omninò dirimitur, quam mutatur pa- 34
tria potestas; quippe cum filius à potestate patris naturalis, in alterius transeat potestatem.

Est & illud singulare hic observandum, quod si nurus tua ex filio 35
tuo conceperit, antequam ille emancipatus, aut in adoptionem abs te datus fuerit, id quod post emancipationem, vel adoptionem illam ex ipsa nuru nascitur, in tua potestate nasci dicitur.

§. Illud autem 9. Instit. quib. mod. jus patriæ potestat. solvitur.

Digitized

Class. I. Disputat. XIV.

De Tutelis.

Thesis I.

1 De verâ potestate hactenùs : succedit nunc quasi potestas. Est autem quasi potestas, quæ adcommodum personæ sui juris comparata est, (a) eò quòd ipsa persona vel per ætatem se tueri, (b) vel obanimi, aut corporis vitium, (c) rebus suis superesse nequit.

a) Chassanæus *in consuetud. Burgund Rubr § 1 num. 1. pag 501.* (b) *l. 1. in princ. ff. de tutel. & §. Est autem tutela, 1. Instit. dict tit & l. 1. in pr. ff. de minorib.* [c] *tit. ff. de curatorib furioso, & alia extra minores dand. & tit. Cod. de curatore furiosi, vel prodigi, & §. Furiosi quoq, 3. Instit. de curatorib.*

2 Hujusmodi potestas est tutela & cura, sive curatio.

In hâc enim, qui sunt, negantur esse in potestate, *Instit de tutel. in princ. vers. Nam ex his:* Et nihilominùs ipsa tutela potestas esse dicitur, *in §. 1. Instit. d. t. & ind. l. 1. in princ. ff. eod. tit.* ut & cura, *l. 1. in fin principis, ibi in potestate curatorum, ff de curat. furios.* Est igitur tutela & cura quasi potestas; si scilicet conferatur ad dominicam, & patriam potestatem, de quâ hactenùs.

3 Tutela est, quasi potestas ad tuendum pupillum, (a) & bona ipsius administranda (b) jure civili data ac permissa. (c)

a) §. *Item tria, 5. ibi, plurium pupillorum tutela, Instit. de excusat. tutor & §. certè autem, 4 ibi, quia personæ, Instit. qui testament. tutor dari possunt.* (b) *Tot. tit. ff. de administrat. & peric. tutor.* Principaliter personæ datur tutor, pupillo scilicet: Et hoc differt tutela à curâ; At secundariò datur quoque bonis pupilli. (b) *l. 1. in princ. ff. de tutel & § 1. Institut. d. t.* ubi data tutela est legitima tutela, quæ ipsâ lege 12. tab. est data. *l. 1. ff de testament. tutel & l. verbu. 120. ff de verb. sign* Permissa tutela est tutela testamentaria, & honoraria, quam dativam vocant.

4 In tutela autem spectamus tùm ejus species, tùm excusationem à tutelæ onere: tùm ipsam tutelæ administrationem: tùm etiam suspecti tutoris accusationem, & modos finiendæ tutelæ: tùm denique obligationem.

Digitized by

tionem, quæ ex tutelæ administratione nascitur. De quo ultimo membro infrà sub quasi contractibus commodiùs agi potest.

Species tutelæ sunt, testamentaria, legitima, & dativa tutela. 5

l. Generaliter. 52. C. de Episcop. & Cler. l. ult. ibi, vel dativi, vel legitimi fiant tutores, Cod de legit. tut. juncta, l. dativus. 7. ff. rem pupill. salv. fore, l. scire. 13. in princ. ff. de excus. tut l. militia C. qui dare tutor. Arum. *Exercit Iustin. 3. thes. 3* Setler. *disp. 6. ad Instit. thes. 3. 4. 13. & 18.* Elegantèr Dn. D. Betold. *in tractat. de tutel. & cura. c. 3.*

Testamentaria tutela est, quam pater jure patriæ potestatis in libe- 6
ros, qui sui sunt, justo testamento constituit. (a) In hâc consideramus tùm ejus substantialia requisita, & personas, quibus hæc tutelâ committitur; tùm modum dandi testamento tutores, & voluntatem testatoris in dando testamento tutores. (b)

a) §. *Permissum est itaq; 3. & seq. Instit. de tutel. l. 3. ff de testament. tutel.* Quæ tutela etiam est juris divini, *Gal. 4. v. 1. & 2.* (b) *Quæ omnia notat* Modest. IC. *in l. 1. ff. de confirm. tut.*

Sunt autem testamentariæ tutelæ tria substantialia requisita; I. Ut 7
detur à patre in liberos, quos in sacris suis constitutos habet; II. Ut ipsi liberi sui juris à morte testatoris futuri sint; III. Ut testamento justo hæc tutela constituatur.

Hæc tria hujus tutelæ requisita proponuntur, *in d §. permissum. 3. Instit. de tutel. & l. 1. & l. 3. ff. de testam. tutel.* Paul. Christin. *vol. 3. decis. Belgic. 146.*

Fœmina ergò liberis suis, & pater filio naturali, aut emancipato 8
tutorem testamento non rectè dabit. Quòd si tamen dederit fœmina, vel naturalis pater tutorem, modò simùl iisdem suis liberis testamento aliquid reliquerint, tutor ille datus à magistratu confirmari debet cum inquisitione morum, & facultatum.

l. Mulier 2. ff. de confirm. tut. l. pater. 4. ff. de testam tut. & l. mater. 4. Cod. d. t. de testam. tutel. vide infr. hac disp. thes. 45.

Sin pater emancipato filio dederit tutorem, confirmandus similiter 9
is tutor erit; at sine inquisitione, [a] nisi mutata fuerit causa, propter quam tutor ille datus est, ut si ex amico factus sit inimicus, vel ex divite pauper; tunc enim confirmari non debet. [b]

a) §. *ult. Inst. de tutel.* (b) *d. l. 4. ff. de testam. tutel. & in l. in confirmando. 8. ff. de confirm. tut.* vide Cujac. *in Modestino mihi, pag. 131. & seq.*

Similiter ad secundum quod attinet requisitum, sequitur indè jus 10
non esse parenti tutorem dandi nepotibus suis & neptibus, aut cæteris descendentibus, qui ipso mortuo sui juris futuri non sunt; ut quòd in patris sui potestatem recasuri sint.

Digitized by Google

d. §. Permissum, vers. nepotib. verò, & vers. seq. hoc t. & d. l. 1. §. 1. & 2. ff. de testam. tutel.

11 Non solùm tamen liberis natis, sed & posthumis suis parens de tutoribus suo testamento prospicere potest, modò tamen in eâ sint causâ, ut si vivo parente nascerentur, in ejus potestate, & mortuo eo sui juris futuri essent.

§. Cùm autem 4. Instit. de tutel. & l. 1. §. 2. ff. de testam. tutel. ubi enim de posthumorum commodo agitur, pro jam natis habentur, ut in aliis compluribus causis, *l. quod dicimus, 231. ff. de V. S. l. qui in utero, 7. & l. pen. ff. de statu hom. & l. cùm quidam 30. §. 1. vers. quoniam mortis, ff. de adquir vel amit. hared.* sic & in hac tutelari causâ, *d. §. cùm autem.*

12 Ad tertium quod attinet hujus tutelæ proprium requisitum, sciendum est, quòd hic de justo testamento dicitur, id etiam ad codicillos testamento confirmatos porrigi debere. (*a*) Qui autem per Epistolam, aut in testamento imperfecto datus est tutor, non jure datus est. (*b*) Vel nec ille, qui datus est in codicillis testamento non confirmatis. (*c*)

a] *l. testamento. 3. ff. de testam. tutel.* [b] *l. neq; per Epistolam. 2. C. de confirm. tut.* [c] *l. 1. ff. dict. tit.*

13 Et licèt, quis justo testamento liberis suis tutores dederit, testamentum tamen illud posteà infirmetur, aut rumpatur, perindè est, ac si non justo testamento tutores illi dati fuerint.

l. Iure. 26. §. ult. & l. si pater. 31. ff. de testam. tutel. obstare videtur. *Novell. 115. c. 3. in fin.*

14 Dati tamen eo modo tutores non rejiciendi, sed à judice confirmandi sunt. (*a*) Quæ tamen confirmatio ipsos non testamentarios, sed dativos efficit tutores. (*b*)

a] *d. l. 2. Cod. de confirm. tut. & d. l. si pater, 31. ff. de testam. tut.* [b] *d. l. 26. § ult. ff. d. t.* Dissentit Donell. *cui suffragari videtur, l. dativum. 7 ff. rem pupill. salv. fore. & l. 3. ff. de confirm. tutor.* Dn. D. Besold. *in tract. de tutel. & cura c. 9.* Ernest. Cothman, *vol. 1. resp. 14. n. 9.* Arum. *exercit. 3. thes. 6.*

15 Hæc de requisitis substantialibus Personæ, quæ specialiter [*a*] testamento tutores dari possunt, sunt servus proprius, servus alienus, [*b*] minor 25. annis; [*c*] filiusfamilias, [*d*] & furiosus. [*e*]

a] Hoc enim, quasi proprium habet testamentaria tutela, quòd hi testamento tutores dari possunt, à lege verò, vel magistratu non dantur. [b] *textus in l. in servili. 7. Cod. qui dare tut. vel curat.* [c] *Textus est in l. ult. Cod de legit. tutel.* Wesenb. quidem. *in §. furiosus. Instit. qui testam. tut. dari poss.* existimat, etiam à magistratu minorem dari potuisse tutorem, sed obstat illi regula, quod magistratus ex certo die dare tutorem.

Digitized by Google

rem non poteſt, *l. actus legitimi, ff. de R. I.* [d] Filiusfamiliâs quidem non ſolùm teſtamento, ſed & à magiſtratu tutor dari poteſt, *l. 7 ff. de tutel.* ſed à magiſtratu datus ex adminiſtratione pupillo duntaxat tenetur in quantum facere poteſt, non in ſolidum, *l ſi filiusfam. 11. ff. de tutel. & ration. diſtrah.* & quidem non directa, ſed utili actione, *arg. l. niſi finita. 4. §. 1. ff. d. t.* At teſtamento datus non ſolùm actione tutelæ directa, ſed & in ſolidum ex admiratione tutelæ tenetur, *arg. l.* Lucius Titius, *21. ff. de adminiſtr. tut.* [e] *§. furioſus. 2. Inſtit. qui teſtam. tut. dar. poſſ.*

Poteſt autem ſervus proprius teſtamento tutor dari purè, [a] non etiam ſub illa conditione, cùm liber erit. [b] 16

a] *§. 1. in princ. Inſtit. qui. teſt. tut. dari.* [b] *verſ. proprius autem, §. 1. dict. t.* Qui enim ſub hâc conditione tutorem dat ſervum proprium, hoc ipſo declarat, ſe ei libertatem dare nolle, quia autem libertatem dare noluit, inutiliter quoque eum tutorem dedit: quamdiù enim, quis ſervus eſt, tutor eſſe revera non poteſt, *l. ſi quis. 22. ff. de teſt tut.*

Qui autem purè ſervum proprium teſtamento tutorem conſtituit, ut ſi in teſtamento quis ſcribat; Titium ſervum meum liberis meis tutorem ordino; præſumitur eidem ſervo ipsâ datione tutelæ libertatem impoſuiſſe: [a] & quidem directam, [b] non fideicommiſſariam. 17

a] Non enim veriſimile eſt, teſtatorem proprium hunc ſervum in ſervitute remanere voluiſſe: quippè, cùm ſervus quamdiù ſervus eſt, tutor eſſe nequeat, *d. l. ſi quis. 22. ff de teſtam. tut.* Et conceſſo aliquo, etiam id conceſſum intelligitur, ſine quo illud conſiſtere non poteſt. *l. 2. & ibi gloſſ.* Bart. *& alii, ff. de juriſdict.* Niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe evidenter appareat, *l. etſi. 9. Cod. de fideicom. libert. vide infrà, claſſ. 3. diſp. 4. theſ. 9.* [b] *§. 1. Inſtit. qui teſtam. tut. dari, l. quæro. 37. §. ult. ff. de teſtam. tut.* At obſtare videtur, *d. l. etſi non adſcripta. 9. Cod. de fideicom. libert. & l. ſi hæreditas. 10. §. ult. ff. teſt. tut. adde l. 24. § ſi quis ſervo, 10. ff de fideicom. libert* vide Guttierez. *tract. de tutel. & cura part. 1. cap. 10. num. 2.* Arum. *exercit. 3. theſ. 9.*

Servus alienus tàm purè, quàm ſub conditione, cùm liber erit, liberis ſuis teſtamento tutor rectè conſtituitur. Si purè datus fuerit, cenſetur ei hâc ipsâ datione tutoris libertas, à teſtatore relicta, [a] non tamen directa, [b] ſed fideicommiſſaria. [c] 18

a] Nemo enim, niſi homo liber tutelam gerere poteſt, *dict. leg. ſi quis. 22. ff. de teſt. tut.* [b] Quia ſervo alieno directa libertas teſtamento relinqui non poteſt, *§. libertas quoq; & 2. verſ. nec alius ullus, Inſtitut. de ſingul. reb. per fideicom.* [c] *l. ſi hæreditas 10. ff. de teſtament. tutel.*

Porrò ut ſervus tam proprius, quàm alienus utiliter teſtamento tutor dari poſſit, neceſſe eſt, ut ſciat teſtator conditionem ſervi; ſi enim 19

tutorem dederit servum, quem putabat liberum esse, cùm esset servus, is neque liber, neque tutor erit.

§. 1. *Vers. planè si per errorem, Inst. qui testament. tutor. dar. pos. l. si quis 22. ff de testament. tut. l. generaliter 24. §. si quis tutorem, ff. de fideic. libert. l. etsi 9. ibi conditionem ejus sciens, C. de fideic libert.*

20 Etsi verò servus proprius non tantùm directò, sed etiam per fideicommissum testamento tutor dari possit; Quamvis item alienus servus tam purè, quàm sub conditione, cùm liber erit, testamento tutor rectè
21 constituatur; ut & furiosus, & minor viginti quinque annis, tamen ita dari intelliguntur, ut tutores sint, hoc est, tutelæ administrationem suscipiant, cùm liber fuerit servus, cùm sapere cœperit furiosus, & minor major 25. annis factus fuerit; (a) interim tamen ipso jure tutores sunt à morte testatoris. (b)

a) *§ 1. versic servus autem & § furiosus, 2. Inst. qui test. tut. dar. l furiosus. 11 ff de tutel. l. si hereditas. 10. §. si furiosus, ff de testam. tut.* (b) Quod inde patet, quoniam licitè testamento tutores dari possunt.

21 Vnde non alius tutor, sed curator in locum ipsorum creabitur, donec habiles facti fuerint.

§ *4. vers. Item loco tutorum, Inst. de curat. l. non solùm. 10. §. si libertus. & l idem* Vlpianus *12 in princ. vers. furor, ff. de excusation.* idque propter regulam, habenti tutorem tutor non datur, §. *interdum, 5 Inst. de curator l. idem fier. 27. ff de testam. tut. l. si fororis 9 C. qui dare tutor. poss. l. cum jure. 9. C. qui petant tutor. Vide disput. sequent. thes. 11. & seqq.*

22 Et hi sunt, qui præcipuè testamento tutores dari possunt, licèt à magistratu non possint dari. (a) Alioqui verò tutores testamento dari possunt omnes, cum quibus est testamenti factio. (b) Et ex his quemlibet tutorem testamento dare possumus, sive is prætor, sive consul sit. (c) Surdus tamen & mutus nec testamento dari tutor rectè potest. (d)

a) *l. ult. C. de legit. tutel.* Balduinus *in Iustiniano suo, mihi fol. 144.* Quod autem in hac causa quid præcipuum habeat testamentum, non obscurè arguit *l. pen §. ult. ibi, cum nec testamento, ff. de legit. tutor.* (b) *l. testamento. 21. ff. de testam. tut.* (c) *l. tutor, ff. d. t.* (d) *d. l. pen. §. 1. ff. de legit. tutor.* Quia tutor & loqui & audire debet, ut rectè authoritatem pupillo præbere possit, *l. 1. §. ult. ff. de tutel.*

23 Nunc de modo dandi testamento tutores; habet autem & hoc præcipuum testamentaria tutela, quòd testamento tutor dari potest ad certum tempus, item ex certo tempore, item sub conditione, & usque ad certam conditionem; (a) item ante heredis institutionem. (b)

a) §. *Ad certum tempus, 3. Inst. qui testam. tut. dari l. tutor. 8. §. 1. & 2. l. si quis 11. in princ. ff. de testam. tutel.* Hisce modis tutor à magistratu

dari

dari non poteſt, *l. muto 6. §. ſub conditione, ff. de tutel. l. actum. 77. ff. de R. I.* (b) Hoc tamen lata Iuſtiniani lege, qua permiſſum eſt, etiam cætera capitula ante heredis inſtitutionem teſtamento ponere. *§. ante heredis, Inſt. de legat.* tutela teſtamentaria quaſi proprium ampliùs non habet.

Etſi verò lege 12. tabul. lata, data ſit poteſtas parentibus dandi teſtamento tutores liberis, quos in poteſtate habent; [a] integrum tamen parentibus non eſt, certæ rei vel cauſæ tutorem teſtamento dare. (b) 24

a) His verbis: paterfamiliàs uti legaſſet ſuper pecunia tutelavè rei ſuæ, ita jus eſto, *l. verbis legis 120. junct. l. ſæpè 43. verſ. at cùm dicitur, ff. de R. I.* (b) Quod tutor perſonæ, non rei vel cauſæ datur, *§. certæ autem rei. 4. Inſtit. qui teſtam. tut. dari, l. certarum 12. cum 2. ll. ſeqq. ff. de teſtam. tut.* ſi tamen tutor detur rei Syriaticæ, utilis datio eſt, *l. ſi tamen 15. ff. d. t.* Cùm enim ita univerſo patrimonio alicujus loci tutor datur, diviſa cenſetur adminiſtratio tutelæ, *l 2. C de periculo tut. l. fin. C. ſi ex p'ur. tutor. vel curat l inter tutores 36. ff. de adminiſtr. tutel. l. veterem dubitationem. 5 C. de author. præſtand.*

Reſtat ultima inſpectio teſtamentariæ tutelæ, quæ eſt circa voluntatem teſtatoris in dando tutores; ut quid ſenſiſſe intelligatur teſtator ſi filiabus ſuis, vel filiis dederit tutores; aut ſi teſtamento dixerit, ſe liberis ſuis dare tutores; vel ſi dederit ſuo teſtamento tutores poſtumis ſuis. 25

Si teſtator filiabus ſuis aut filiis tutorem teſtamento dederit, ut ſi dicat: **Meinen Söhnen / vel meinen Töchtern /** poſtumis quoque tutorem dediſſe intelligitur. (a) Nepotibus tamen & neptibus eo modo tutorem dediſſe non videtur. (b) 26

a) *l. ſi quis filiabus 5. ff. de teſtam tut. §. ſi quis filiabus 5. Inſt. qui teſtament. tutor dar. poſſ.* Nam ſi poſtumi nati eſſent filii etiam dicerentur; pro jam natis autem habentur, qui adhuc in utero ſunt, cùm de eorum commodo agitur, *l. qui in utero 7 & l. 26. ff. de ſtatu hom.* Pacius. *cent. 5. concil. q. 72.* Donell. *lib. 3. comment. c. 4. fol. 142. & ſeq.* (b) *d. §. 5. verſ. quòd ſi nepotes, Inſtit. qui teſtam. tut.* Filiorum enim & filiarum appellatione continentur propriè illi tantùm, qui ex me & uxore mea naſcuntur, non etiam qui naſcuntur ex filiis & filiabus, ut ſunt nepotes & neptes, *l. filium 5. ff de his, qui ſunt ſui vel alieni juris. Dd. in l. Gallus, §. 1 ff de liber & poſtum.* Dn. D. Beſold. *d tutel. & cur. c. 10. numer 1. & 2.*

Quòd teſtator liberis ſuis tutorem teſtamento conſtituat, ut ſi dicat: **Meinen Kindern /** ſuis quoque nepotibus & neptibus tutorem dediſſe intelligitur. (a) Si dixerit teſtator: Poſtumis meis tutor eſto, 27

cum

tam filiis poſtumis, quàm cæteris liberis poſtumis tutorem dediſſe videtur. (b)

a) *l. quid ſi nepotes. 6. ff. de teſtam. tut. §. 5. verſ. quod ſi nepotes, Inſtit. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* Liberorum enim appellatione non tantùm filii & filiæ, ſed & nepotes, neptes, cæteriqúe deſcendentes continentur, *l. liberorum 220. ff de V. S. & l. 2 § non ſolùm, ff. de excuſat.* (b) *§. ult. Inſtit. qui teſtam. tut. d. l. quid ſi. 6 ff. de teſt. tutel.*

28 Hanc autem teſtatoris voluntatem in dando tutore præſumimus ex verborum proprietate, à qua recedi non oportet; (a) ne contra mentem teſtatoris vel liberis ipſius aſſignemus, quem noluit ipſis habere tutorem; vel tutorem nimis oneremus. (b)

a) *l. non aliter 69. in princ. ff. de leg. 3.* (b) In quo ſublevando magis, quàm onerando faciliores ultimæ voluntates eſſe ſolent, *argum. l. unum 67. §. ſi rem, verſ. ſunt enim, ff. de leg. 2.* Si tamen appareat aliud ſenſiſſe teſtatorem, à propria verborum ſignificatione recedendum non erit, *d. l. non aliter. 66. in pr. ff. de leg. 3.*

29 Succedit nunc tutela legitima; Legitima tutela eſt, quam ipſa lex pupilli ſucceſſoribus proximis defert.

l. Legitimos 5 ff. de legit. tutor. Inſt. de leg. agn. tut. in princ. Poſſet etiam teſtamentaria tutela dici legitima, *per §. eſt autem. Inſt. de tut. & l. 1. ff. d. t. l lege obvenire. 130. ff. de V. S.* At non propriè, ſed non impropriè. Differunt enim hæc in jure; propriè, impropriè, & non impropriè, *l. 1. ff. de ſuis & legit.*

30 Defert autem lex hanc tutelam ſucceſſoribus pupilli proximis; etſi plures ſint ejuſdem gradus proximioris ſucceſſores, illi omnes pariter ad tutelam vocantur.

§. Fin. Inſtit. de capit. demin. l. ſi plures 9. ff. de legit. tutor. Quòd ſi tamen Princeps Elector Laicus moriatur, relicto filio impubere primogenito vel natu majore, licèt impubes ille plures habeat agnatos proximos ejuſdem gradus, veluti plures patruos, ſenior tantùm patruus tutor eſt, & adminiſtrator Electoralis, uti cautum eſt in aurea Bulla Carol. IV. *cap.* Von der Churfürſten Nachkommen wegen.

31 Huic tutelæ locus eſt, cùm deficit teſtamentaria. (a) Deficit autem teſtamentaria tutela, ſi parens defunctus vel nullos ſuis liberis tutores dederit, vel qui dati ſunt, ipſo parente vivo deceſſerunt. (b)

a] Quandiu enim teſtamentaria tutela ſperatur, ceſſat legitima, *l. ſi quis. 11. in princ. ff. de teſtam. tut.* [b] *§. quòd autem lex, 2. Inſt. de legit. agnat. tutel. l. inteſtatò 6. ff de legit. tutor.*

32 Electoris tamen filius impubes ſolum legitimum habet tutorem, non etiam teſtamentarium.

Vt ap-

Vt apparet ex aurea Bulla Caroli IV. *cap.* Von der Churfürſten Nachkommen wegen. Sentit idem Iohan. Gœddæ. *ad l. verbis 120. in fin. ff. de verb ſignif.* & Matth. Steph. *cent. diſputat. 1. quæſt. 98.* Eſt tamen notandum, quod aurea Bulla, in editione germanica, de ſola Electorali dignitate, & adminiſtratione loquitur: Cætera igitur relicta videntur ſub diſpoſitione juris communis, *per text. in l. præcipimus 32. in fin. Cod. de appell. & c. 1. tit. de conſtitut. in 6.* Vnde Princeps Elector filiq ſuo impuberi, quoad provincias ſuas hereditarias teſtamento tutores conſtituere poſſe videtur. At latina editio Aureæ Bullæ expreſsè diſponit de tutela his verbis: TUTOR EORUM EXISTAT. Item, TUTOR IPSE SIBI TOTALITER. Et certè inconveniens fuerit, alium Electoralem, alium aliarum rerum, poſſeſſionum, & jurium habere tutorem: ſive alium ipſius tantum pupilli tutorem eſſe, alium verò & pupilli, & bonorum, vide Andr. Knichen, *de Saxon. non provocandi jure, ad verb. Electorum, cap. 4. per tot.* Daniel Otto *de jur. public. cap. 17. pag. m. 404.* Dn. D. Beſold. *de ſucceſſ. regia lib 3. diſſertat. 4. num. 1.* Dn. Rumelin. *in Diſſertat ad Aur. Bull. 7. theſ. 3.*

Eſtque hæc tutela duplex; Nam vel ſpecialiter & nominatim à lege defertur; vel per conſequentiam hereditatis ex ipſa lege datur. 33

Specialiter & nominatim à lege defertur legitima tutela agnatis & cognatis indiſtinctè [*a*] ex nova Iuſtiniani legiſlatione. [*b*] 34

a) Olim quidem ſoli agnati ex l. 12. tab. ad legitimam vocabantur tutelam. *l. 1. in princ. ff. de legit. tut.* §. *1. Inſt. de legit. agnat. tut.* (b) *Novell. 118. c 5. Ex his autem.* quâ conſtitutione mater omnibus aliis præfertur, *auth. matri vel aviæ, C. quando mul. tut. offic. fung. poſſ.* Benckendorff. *ad l. 2. ff. de regul. jur. pag. mih. 925. cum ſeqq. ubi quæ ipſi præſtanda ſint vide.*

Vnde hodie diſtinctæ ſpecies non ſunt, legitima agnatorum tutela, (*a*) legitima parentum tutela, (*b*) & tutela fiduciaria. (*c*) 35

a) *De hac in theſi præced.* (b) Hæc parenti in proprios liberos emancipatos competebat, *l. ſi ſuperſtite, 5. C. de dolo, Inſt. tit. de legit. parent. tut.* Vide Vultejum *lib. 1. Iuriſpr. Roman. cap. 25. pag. 148.* (c) Hæc duplex primitùs erat; una quæ dabatur illi, qui liberum caput mancipatum ſibi vel à parente, vel à coemptore manumiſerat, Vlp. *in Inſt. tit. 11. de tutel.* §. *qui liberum caput.* Altera fiduciatia tutela erat, quæ vel patri in liberos ab avo emancipatos, vel fratri in fratrem aut ſororem emancipatos, vel patrueli in patruelem, vel propiori ſobrino in propiorem ſobrinum, vel patruo magno in fratris nepotes emancipatos, mortuo emancipatore, dabatur. *Inſt. tit. de fiduciaria tut.* & ibi Cujac. *l. 4 ff de legitim. tutela.* Neutra fiduciaria tutela erat legitima, ſed vicem legiti-

Digitized by Google

mæ prior sustinebat, *l 3. in fin ff. de legit. tut.* Ipsa enim lex neque hanc tutelam, neque hereditatem nominatim deferebat. Cujac. *in not. ad Inst.* Vlp. *tit. de tut.* Posteà tamen prior fiduciaria tutela in naturali patre (abrogata antiqua emancipationis observatione, qua extraneus fiduciarius pater à se emancipato filio fiduciario succedebat) manumissore ex constitutionibus vel ex moribus legitima fieri cœpit, uti arguit *tit. Instit de leg. parent. tut. & l. 5. ibi per legitimum tutorem, Cod. de dolo.* Posterior in fratre emancipato, & ejus liberis ex Anastasiana Constitutione legitima cœpit esse tutela, *l. 4. Cod. de legit. tutel. l. ne lucrum 5. C. de curat. furios.* Vid. Bachovium *in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 8. thes. 4. lit G.*

36 Imperator enim Iustinianus, ut in successionibus, ita & in tutelis omnes cognatos, etiam eos, qui per emancipationem agnati esse desierunt, ipsis agnatis exæquavit, ita, ut hodiè una cum agnatis cognati perfectæ ætatis & proximioris gradus ad agnatorum & cognatorum suorum, qui pupilli sunt, tutelam vocentur legitimam.

Novell. 118. cap. 5.

37 Sequitur tutela, quæ per consequentiam hæreditatis est legitima; ut est legitima patronorum tutela. Est autem legitima patronorum tutela, quam lex patronis in ipsorum libertos impuberes committit, deferendo eis nominatim libertorum hæreditatem.

Expresè quidem lex hanc tutelam patronis non defert, sed tacitè, vocando eos ad hæreditatem libertorum, *Instit. de leg. patron. tut.* ibi, quia plerunque ubi successionis est emolumentum, &c. Dicitur legitimum, non tantùm, quod est, ex verbis legis, sed & quod est ex mente legis, *l. nominis. 6. §. 1. ff. de Verbor. Signific.*

38 Restat dativa tutela: Dativa tutela est, quam competens magistratus constituit.

Instit. de Attil. tut. in princ. & §§. seqq & tot. tit. ff. de tutor. & curat. dat. ab his. Dicitur dativa tutela, & qui illi præsunt Dativi tutores, *in l. ult. ibi dativi, Cod. de leg. tut. l. dativus. 7. ff. rem. pupill. salv.* Appellatur quoque Attilianus tutor, uti arguit inscriptio, *tit. Instit. de Atciliano tut. &c.* vocari etiam potest honorarius, Cujac. *in parat. ff. de tutor. & curat. dat. ab his, &c.*

39 In hâc tutelâ considerantur, tùm quibus dentur dativi, & qui petant pupillis hos tutores: tùm qui dare hos tutores, & qui dari possint vel non: tùm modus dandi eosdem tutores.

40 Dantur autem hi tutores pupillis, quibus vel omninò nullus testamentarius, aut legitimus est tutor; vel quibus modo quodam ejusmodi tutor non est.

41 Nullus omninò tutor testamentarius est pupillo, cui à parente nullus

lus est datus, vel qui datus vivo testatore decessit, (a) aut desiit esse tutor. (b) Legitimus tutor non est pupillo, qui nullos masculos agnatos vel cognatos habet. (c)

a) §. *Quod autem lex, Instit. de legit. agnator. tut. l. intestato. 6. ff. de legit. tut.* (b) Quod vel tempus venit, ad quod usque datus fuit, vel extitit conditio, ad quam usque datus erat, *l. tutor. §. 1 ff. de testam tut.* vel quòd hæres testamento scriptus hæreditatem repudiavit, *l si nemo. 9. ff. d. t.* (c) Hos enim, qui habet in legitima ipsorum est tutela, *ut suprà, thes 27. & seqq dictum est.*

Modo quodam tutor non est pupillo, si pupillus quidem tutorem habeat, sed ille ex causa administratione tutelæ non utitur; ut si testamento datus sit tutor sub conditione, & nondum extitit conditio; vel ex certo die, & nondum venit dies; Quandiu conditio aut dies ille pendet, datus ille tutor non utitur administratione tutelæ; sed interim dativus tutor pupillo præficitur. 42

§. *sed etsi, Inst. de Attil. tutor.* etiam si pupillus legitimum tutorem habeat, Quandiu enim testamentaria tùtela sperator, cessat legitima, *l. si quis 11. in princ. ff. de testam. tut.* Quod si deficiat conditio, vel legitimæ fit locus, vel deficiente quoque hac dativus tutor manet, *l. tutor datus 8. §. 1. ff. de testament. tut. junctà l. quæsitum 12. ff. de tutel.*

Sic quoque tutor testamento datus non admittitur, donec institutus heres adeat vel repudiet hereditatem; sed Attilianus interim tutor datur, (a) qui tamen desinit esse tutor, existente conditione, vel aditâ hereditate. (b) 43

a) *l si hereditas 10. in pr. ff. de testam. tut.* (b) §. *sed etsi. verf. qui desinebat, Instit. de Attil. tutore.*

Adhæc si tutor testamento datus ab hostibus captus sit, Attilianus datur tutor; qui desinit esse tutor, si ille in civitatem reversus fuerit. (a) Quod etiam de legitimo tutore traditum est. (b) 44

a) §. *ab hostibus, Instit. de Attil. tut.* (b) *l. 1. §. si apud, ff. de legitim. tutel.*

Præterea si non jure testamento datus sit tutor; puta à matre, aut patre filio tantùm naturali, emancipatove, tutor ille non utitur administratione tutelæ, donec à magistratu confirmatus fuerit. 45

l. 2. l. in confirmando. 8. ff. de confirm. tut. §. ult. Inst. de tutel. l. 4. de testam. tut. l. 4. C. d t. Quà confirmatione tutor ille honorarius, non testamentarius efficitur. Vipian. *Inst de tutel. §. testamento. Vide supr. hac disput. thes. 14. & disput. seq. thes. 3.* Est quoque textus hac de re expressus, *l. in jure nostro 26. §. ult. & l. seq. in pr. ibi à pratore dabitur, ff. de testam. tut. l. uxori 18. §. 1. ff. ad l. Cornel. de falf.* Idem sensit Cujac. *in Paratitl. C.*

de confirm. tut. in fin. & in parat. ff. eod. tit. vide Bald. *in l. sint proponi, n. 1. C. d titul.*

46 Porrò si testamentarius tutor excusatus sit, vel suspectus remotus, vel relegatus sit, tunc dativus tutor in locum ejus sufficitur.

l. si quis sub conditione. 12. §. etsi semel & §. seq. ff. de testam tut. l. licet. 4. C. in quib. caus. tut. vel curat. hab.

47 Quòd si etiam tutor Reipublicæ causa abesse cœperit, in locum ejus dativus substituitur, qui desinit esse tutor, reverso eo, qui Reipublicæ causa aberat. (a) Si verò moriatur absens, perseverat dativus tutor in eadem causa. (b)

a) *l. 1. C. in quibus caus. tutor. hab. l. 3. §. si quis, ff. de suspect. tutor. l. si tutor 9. in princ. ff. de tutel. & rationib. distrah.* (b) Usque ad tempus pubertatis, *l. quæsitum 12. ff. de tutel.*

48 Denique in locum tutoris impuberis, adolescentis, furiosi, muti aut surdi, alius tutor interim à magistratu datur.

l Complura 17 ff. de tutel. Sunt enim similes hi tutoribus, qui ex certo die dati sunt, in quorum locum alius interim tutor datur, §. 1. *Instit. de Attil. tut.* Cujac. *in priot. not. ad tit. de fiduc. tut. in fin.* Quòd autem hisce casibus in locum tutoris alius tutor datur, id SC. inductum est, *d. l. complura*, contra regulam juris, quæ habet, quòd tutorem habenti tutor dari non possit, §. *interdùm, Instit. de Curat. l. idem sicut 7. ff. de testam. tut. l. ventri. 20. ff. de tutor. & curat. dat. hab. l. si soveris. 9. Cod. qui dare tutor. vel curat. poss. l. cum juve. 9. Cod. qui petant. tutor. vel curat. l. licet tutorem. 4. Cod. in quib. caus. tut. vel curat. hab. tut. vel curat. dat.*

49 Potest autem prædictis casibus & Curator dari, (a) qui tamen instar tutoris est, nec durat ultra pubertatem, & tutelæ sive protutelæ actione eum teneri quidam existimant. (b)

a) *l. In omnem. 15. & l. seq. ff. de tutor. & curat. dat. l. potuit. 3. Cod. in quib. caus. tut. vel curat. hab. l. non solùm. 10. §. si libertus, l. tutor. 28. §. ult. l. idem* Ulpianus. *12. in princ. ff de excusat. l. sine hærede 32. §. fin. ff. de administrat. tut. l. quòd si fortè. 14. §. quid ergò, ff. de solut.* (b) *L 3. C. arbitr. tutelæ.*

50 Sequitur de his, qui dativos tutores pupillis petunt: Sunt, qui tenentur petere: Sunt item, qui libera voluntate petunt.

l. 2. §. 1. ff. qui pet. tutor. Vide Schrader. *Tract. feud. part. 10. sect. 19. num 253. & seq.*

51 Qui necessitati petendorum tutorum subjacent, vel reverentiæ & obsequii causâ petere eos coguntur, ut libertі patronorum suorum liberis; (a) vel pietatis & successionis jure, ut quævis mater & avia. (b)

a) *L 2. §. 1. ff. qui pet. tut. & l. 2. Cod. eod. tit.* (b) *l. 3. l. matris pietas.*

tas. l. cùm à matribus, 8. l. cum jure. 9. & l. ult. Cod. d. t. l. 1. & 2. & l. ult. ff. eod. tit.

Quòd ſi hæ perſonæ pupillis planè nullos, vel non idoneos malitiosè petierint, puniuntur liberti à Præſide; [a] mater verò & avia expelluntur à legitima pupilli hæreditate, [b] ſi is impubes moriatur. [c] 52

a) *l. 2. §. 1. verſ. Liberti autem, ff. qui petant tutor.* (b) *d. l. 2. §. 1. verſ. mater enim, & §. Divus, ff. d. t. § pen. Inſt. de SC. Tertyll. l. ſciant. Cod. de legit. hered.* (c) *l. 3. Cod. ad SCtum Tertyll.* niſi juſtis de cauſis excuſentur, de quibus, *in l. 2. §. quòd ſi, & §§. ſeqq. ff. ad SC. Tertyll.* Pruckman. *de different. utriuſq; ſexus fol. mihi. 203* quibus tamen ex cauſis excuſetur, tradit Vivius, *deciſ. 864.*

Libera voluntate pupillis tutores petunt parentum pupilli affines, amici, & educatores pupilli; *(a)* item, qui cum pupillis actuti ſunt. *(b)* 53

a) *l. 2. in princ. ff. qui pet. tut. l. amitæ. 3. l. nepotibus. 19. Cod. eod. tit.* (b) *l. 1. l. 4. l. admone. 7. Cod. d. t. l. ult. §. perſonis, verſ. ne autem, C. de admin. tut.* Sed hi poſteriores omnes admittuntur, ſi ij, qui petere debebant, ceſſaverint, *d. l. 4. l. pen. Cod. d. t. l. 2. in princ. ff. eod.*

Videamus nunc, qui dare Attilianos tutores poſſunt, & qui dati poſſunt; Vbi diſtinguendum inter pupillos dignitate præditos, *(a)* & alios, qui non ſunt ejuſmodi. 54

a) Vt illuſtriſſimi, illuſtres, ſpectabiles, clariſſimi, item equeſtris ordinis, &c.

Pupillis dignitate præditis ex Conſtitutionibus Imperatorum, in urbe tutores dantur, ex ſuo cujuſque pupilli ordine, ab illuſtri præfecto urbi, adhibitis in conſilium decem Senatoribus, & Prætore tutelari; in Provinciis, pupillis nobilibus, ſimiliter ex ſuo cujuſque ordine, tutores nominati à Decurialibus dantur à Præſidibus, decreto ipſorum Decurionum, qui ab illis tutoribus cautionem ſuo periculo exigunt. 55

l. 1. & 2. Cod. de tutor. illuſtr. perſon. l. ult. §. ſin autem. 6. verſ. ſed ſiquidem nobilis, Cod. de Curatore furioſi.

Hodiè verò immutatâ Reipublicæ Romanæ antiquâ formâ, Principum, Comitum, Baronum, Nobilium Imperio Romano immediatè ſubjectorum liberis, ejuſdem ordinis viri, & eodem loco nati, *(a)* tutores petuntur & conſtituuntur in Camerâ Imperiali. *(b)* 56

a) *l. 2. ibi, ex quolibet ordine idoneos, Cod. de tutorib. & curator. illuſtr. vel clariſſ.* (b) Andr. Gail. *libr. 1. obſerv. pract. obſerv. 1. num. 47.* cùm enim Cam. Imp. hujuſmodi pupillorum ordinarius judex ſit, meritò ad eam datio tutoris ſpectat, *l. 1. & ibi gloſſ. in verb. ejuſdem, ff. de tutor.*

& curator. Et quomodò supplicatio formanda sit, tradit Rosenth. c. 12. num. 67. Vt scilicet, si tutor testamento datus est, [1] Exhibendum est testamentum, [2] se confirmari & sibi administrationem decerni petunt, [3] ad juramentum præstandum se offerunt, [4] bona sua omnia obligant, [5] mandatum speciale cum clausula, præstandi cautionem omnium bonorum, Procuratori (qui juramentum præstat) dant, [6] testator immediatus, quòd sit narrari debet. [7] Si nominati immediati non sint, necesse est, ut in confirmationem consentiant, [8] notandum, si immediati nominati non suscipere velint tutelam, tunc Vidua & alii proximi petunt citationem contra illos ad videndum se confirmari & ordinari [9] conducit quoque ut nomina & ætas exprimantur liberorum, [10] non denegatur quamvis sola mater petat.

Si verò tutores testamento dati non sint, [1] nomine Matris, & aliorum sanguine junctorum regulariter proximorum, Supplicatio concipi solet, [2] nominantur aliqui ex proximis, [3] à parte utriusque parentis [4] debent experiri, quod nominati consentiant, [5] consensus debet probari, vel instrumento publico, vel consentientes debent statim constituere procuratorem; & mandatum propriis manibus subscribere; [6] in mandato hoc speciale contineri debet, ut procurator eiidem tutelam deferri petat. Vt juramentum præstet, omnia bona obliget, [7] liberorum numerus, & nomina exprimenda, [8] ætas non omittenda, [9] si aliqui puberes, ii, ut unà petant, necesse est, [10] ante omnia Supplicationi inserendum, quòd aliquis obierit, nec testamento tutores ordinaverit, [11] quod fuerit immediatus, [12] quod nominati etiam Cameræ Imperiali immediatè subjecti vel consentiant. [13] Si immediatè non consentiunt, citatio ad videndum peritur. [14] Vltimò petendum, ut nominati prædictis pupillis in tutores ordinentur, &c. ad jurandum & cavendum, vigore specialis sui mandati admittantur, iisque administratio legitimè deceratur, ex iis percipi potest, quomodò tutores peti possint.

17 Quòd, si quis ex speciosis vel nobilibus Principi aut Comiti alicui fuerit subjectus, ejus liberis petendi & constituendi sunt tutores à Consistorio ejusdem Principis vel Comitis florentissimo, supplici priùs libello hoc nomine ipsi Principi aut Comiti porrecto.

Argum. l. 1. Cod. de tutor. vel curator. illustr. vel clariss. & l. ult. §. sin autem. 6. vers. sed siquidem nobilis. Cod. de cur. furios. Exemplo eorum, qui immediatè Imperio subjecti, à Cam. tutores constituuntur. Autoritate etiam Constit. Caroli V. Anno 1548. Augustanis Comitiis promulgatæ. *Tit.* Von der *Pupillen* vnd Mindersjärigen Kindern Tutorn vnd Vormündern/ ꝛc. *vers.* So wolten wir allen.

Cete-

Cæteris pupillis ille ſolus tutores dandi jus habet, cui nominatim 58
hoc etiam dedit vel lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps. [a] Qualis olim Romæ fuit Prætor: [b] in Provinciis Præſides, [c] Proconſul, Legatus Proconſulis, Præfectus Ægypti. [d] Iuridicus Alexandriæ, [e] magiſtratus municipalis, [f] & Defenſores civitatum. [g]

a) *l. Muto. 6. §. tutoris, ff. de tutel.* (b) *l. nec mandante. 8. §. 1. & ult. ff. de tutor. & curat. dat. ab his, &c. §. ſed hoc jure. Inſtit. de Attil. tut.* (c) *d. §. ſed hoc jure, 4. Inſtit. de Attil. tut.* (d) *l. 1. ff. de tutor. & curat. dat. ab his, l. penult ff de offic. proconſ.* Hi enim generali Præſidis appellatione continentur, *l. 1. ff. de offic. Præſ.* (e) *l 2. ff. de officio juridici. §. nos autem 5. Inſtit. de Attil. tut.* (f) *l 3. ff. de tutor. & curat. dat. ab his, Inſt. de Attil. tut. §. ſed hoc jure. 4.* (g) *§. nos autem, 5. Inſtit. de Attil. tut.*

Sed Magiſtratus, Defenſores, & Iuridicus, ſi pupilli facultates am- 59
pliores erant quingentis ſolidis, non niſi exſpectata juſſione Præſidum tutores conſtituere poterant, accito religioſiſſimo Antiſtite, vel aliis publicis perſonis.

§. Nos autem, 5. Inſtit. de Attil. tut. l. ſancimus 30. Cod. de Epiſc. aud.

At hodiè Conſtit. Imp. Caroli V. (a) eò deventum eſt, ut ex Sta- 60
tutis cujuſque Principis, Prælati, Comitis, Baronis, Nobilis, & Civitatis Imperialis, unaquàque in civitate, caſtro, pago judices ordinarii poteſtatem & jus habeant dandi tutores pupillis ſuæ juriſdictioni ſubjectis. (b)

a) Reichs-Abſchied / *de Anno 1548.* Von Ordnung vnd Reformation guter Policey. cap. Von Pupillen vnd Mündersjährigen Kindern Tutorn vnd Vormündern §. So wöllen wir allen / ꝛc. *p. 65.* (b) *§. ſed hoc jure, ibi, ſecundum ſuam juriſdictionem. Inſt. de Attil. tut.*

Eum verò his pupillis tutorem quiſque magiſtratus ſive judex dare 61
poteſt, quem ex eadem provincia, civitate, vel agro ſuæ juriſdictioni & territorio ſubjectum habet; (a) ſi deſit in eo loco idoneus, ex vicinis locis tutor quæritur. (b)

a) *l. neque 5. C. qui dare tutor. l 3. ibi ex eadem provincia. C. qui pet. tutor. l. 1. §. ult. l. 3. l. pupillo. 27. ff. de tutor. & curat. dat. ab his* (b) *l. Divi. 24. ff. d. t.*

Quòd ſi pupillus nil poſſideat in provincia aut territorio, ubi mo- 62
ratur, neque inde originem ducat, reſtitutus apud patriam ſuam, & ubi patrimonium habet morabitur, atque ibi tutores dabuntur.

l. un. C. ubi petantur tutor.

Si item pupillus diverſis in locis facultates ſuas habeat, cujuſque 63
provinciæ vel territorii magiſtratus rerum in ſua provincia vel territorio ſitarum tutorem dare poteſt.

l. pupil-

l. pupillo 27 ff de tutorib. & curatorib. datis ab his. facit. l. illud 19. ff. de excuſation. l. 1. §. 2. ff. de tutor. dat.

64 Nullum autem dubium eſt, quin magiſtratus collegam ſuum dare tutorem poſſit, (a) e iam illis, quorum patet ſenator non fuit; item eum, qui ſenator non eſt, liberis Senatoris; (b) item tam abſentem, quàm præſentem: tam abſenti, quàm præſenti, nec non ignoranti & invito. (c)

a) *l. ubi abſunt 19 ff. de tutor. & curat. dat.* (b) *l. & qui. 22. ff. d. t.* (c) *l. 5. & 6. d. t.*

65 Ipſe tamen magiſtratus ſive judex ſe tutorem dare non poteſt; (a) nec mulierem; (b) neque eum, quem patens dari prohibuit; ut nec eum, qui in legatione eſt; nec qui ſeipſum voluit ingerere; (c) nec ſervum; (d) militem; (e) creditorem aut debitorem pupilli; (f) ſurdum aut mutum. (g)

a) *l. 4. ff. de tutor. & curat. dat.* (b) Excepta matre & avia, ſi promiſerit ſe iterum non nupturam, & renunciaverit SCto Vellejano. *Nov. 118. c. 5. & Nov. 22. c. 14. Novell. 94. c. 2. l. ult C. quando mulier tutelæ officio fungi poteſt.* vide Wurmſerum *lib. practic. obſerv. 3.* (c) *l. ſcire oportet. 21. ff de tutor. & curator. dat.* (d) *l. inſervili 7 C. qui dare tut. poſſ.* (e) *l. 4 Cod. d. tit. qui dare; &c. §. idem & in milite. Inſt. de excuſ. tutor.* (f) *Novell. 72. cap. 1. & 4.* (g) *l. 1. l. pen. & l. ult. ff. de tutel. l. pen. §. ult. ff. de legit. tutor.*

66 Sed an vitricus privigno tutor dari poſſit, quæritur? Et quòd rectè ei tutor detur juris authoritas arguit. (a) Quod autem Gl. & Dd. (b) ſentiunt, hunc apud eum ali non debere dubio non caret. (c)

a) *l. 3. C. de contrario jud. tut. l nonnunquam. 32. §. 1. ff de adopt.* (b) *in l. 3. C. de contrar. tut. jud. & in l. 1. C. ubi pupill educ. deb.* Bart. *in l. nonnunquam ff. de adopt.* Bald. *in l. omnem num. 11. verſ ſed nunquid ita. C. ad SC. Tertyll. Specul. tit. de tutore. §. nunc dicendum num. 4.* Wurmſerus *libr. pract. obſervat. tit. 28 de tutel. obſervat. 4.* (c) A tutela enim ad educationem rectè argumentamur. *l. 1. §. ult. ff. ubi pupill. educ. deb.*

67 Reliquum eſt, ut de modo conſtituendi tutores dativos agamus; Hic in duobus potiſſimum conſiſtit: Primùm ut purè dentur, non ex die, vel ad diem, vel ſub conditione.

l. actus legitimi. 77. ff. de R. I. l. mutuo. 6. §. 1. ff. de tutel. Et hoc etiam differt hæc tutela à teſtamentaria. *§. ad certum. Inſt. qui teſtam. tut. dar. poſſ.*

68 Alterum, ut ex inquiſitione conſtituantur, (a) inveſtigando ipſorum mores & facultates, item quo animo ſint in pupilli defunctum parentem, ut inde æſtimetur, an idonei tutores futuri ſint, nec ne. (b)

a) §. *Sed*

a) §. *ſed ex his legibus. 3. ibi ex inquiſitione. & §. ſed hoc jure. ibi ex inquiſitione. Inſtit. de Attil. tutor. l. in dando. 18. l. Divi. 24. ibi, officium ſit magiſtratuum inquirere. ff. de Tutor. vel Curator. dat. ab his, &c. l. 2. in fin. C. quando mulier tut. off.* (b) *l. tutores 5. l. in confirmando. 8. & ll ſeqq. ff. de confirm. tut. l. ſcire oportet. 21. §. cum reliquis. ff. de Tutor. & Curator. dat.* Harmenop. *in promptuario juris civ. lib. 5. tit. 11.*

Conſtituunt per inquiſitionem tutores non ſolùm Prætor & Præ- 69
ſes, ſed etiam magiſtratus municipales.

l. ſcire oportet. 21. §. cum reliquis, ibi, oportet magiſtratum. l. Divi 24. ibi, officium ſit magiſtratuum inquirere. ff. de tutor. & curator. dat ab his. Harmenop. *in prompt. jur. civ. lib. 5. tit. 11. ibi, ex Præſidum aut magiſtratuum inquiſitione, &c.* Weſemb. *quidem ad §. 3. in fin. Inſtit. de Attil. tut. ſcribit*, conſentaneum eſſe, magiſtratus municipales ſine inquiſitione tutores dare; verùm quòd hi quoque inquirere poſſint, ſatis elucet *ex l. 4. in princ. ibi, etſi hoc localem exigit inquiſitionem, ad magiſtratus municipales hoc remittere. ff de damno inf.*

Hactenus etiam de tutelæ ſpeciebus, & ejus affectionibus; Sequi- 70
tur modò de tutoris excuſatione, quæ eſt actus, quo tutor jure conſtitutus, (*a*) ſed alterius tutelæ haud commiſſus, (*b*) vacationem à tutela ſibi delata apud competentem (*c*) magiſtratum ſive judicem (*d*) deſiderat.

a) *l. Cajus, 16. ff. de excuſ. tut. l. 1. C. de confirm. tut.* (b) *per §. item major. verſ. minores autem. Inſt. de excuſ. tutor. & l. ult. C. de legit. tutel.* (c) *l. 2. de extuſat. tut.* (d) Qualis eſt, cujus hac de re notio eſt, *l. quinquaginta. 6. C. d. t.* veluti Præſes provinciæ. *l. 3. l. ſint allegæ. 16. l. tutores. 18. C eod. tit.* item Prætor. *l. humanitatis. 23. C. d. t.* & cæteri magiſtratus, quibus jus dandi tutores eſt.

Ejus partes duæ ſunt, cauſæ juſtæ allegatio, & legitimus ejuſdem 71
cauſæ uſus. Allegatio juſtæ cauſæ, eſt nominatio cauſæ ad remiſſionem, ſive immunitatem conſequendam idoneæ apud competentem judicem factæ.

l. 1. §. ſi quis tutor. ibi, excuſationem allegandam ff quand. appell. ſit. Rubr. Cod ſi tut. vel curator falſ. allegat. excuſ. junct. l. ſcire oportet. 13. §. ſcire autem oportet. ff. de excuſat.

Iuſta & idonea cauſa non eſt quævis cauſa, ſed ea tantùm, quam jus 72
probat, (*a*) eaque vel neceſſitatis eſt, vel privilegii; Neceſſitatis ut polypædia & muneris cujuſdam functio publica, tùm perſonæ ineptitudo, & inimicitiæ.

a) *l. 1. l. libertas, 5. l. coloni, l. frater, 9. l. ne Senatorum, 13. l. inuſitatam, 19. l. quod res, 21. Cod. de excuſat.*

73 Polypædiam quod attinet, ſi quis Romæ tres, in Italia quatuor, in provinciis quinque liberos habeat, legitimos naturales, ſuperſtites, aut in acie pro Republica ipſi cecidérint, excuſatur à tutelâ, neque refert in poteſtate ſint vel emancipati, maſculi aut fœminæ, filii vel nepotes; modò in mortui ſui patris locum ſucceſſerint.

Inſtit de excuſat. tut. in princ. & §. 1. l. 2. §. legitimos, & §. numerum, l. bello, 18. ff. d. t. l. 1. & 2. Cod. qui num liber. ſe excuſant. l. 2. §. incolumes. & l. fin. ff. de vacat. muner. Enenckel. *tract. de privileg. parent. & liber. privil. 10.* Vbi de hac immunitate latè diſſerit. *adde* Kizel. *in Synopſi matrimon. c. 9. theorem 7. lit. K.*

74 Publica muneris functione excuſantur à tutela I. qui poteſtatem, id eſt, Imperium aliquod habent, veluti Prætor, Proconſul, atque alii, qui provincias regunt, niſi jam ſe adminiſtrationi miſcuerint.

§. Et qui poteſtatem, 3. Inſtit. de excuſat. tut. & l. non tantùm. 17. §. ſanè notum eſt. ff. de excuſat. Vide Bachov. *in not. ad Treutler. vol. 2. diſp. 9. theſ. 2. lit. D.*

75 II. Magiſtratus civitatum, (a) qui jam ſunt in officio, non futuri magiſtratus, (b) non item, qui adminiſtratione tutelæ ſe miſcuerunt. (c)

a) *l. Si duas, 6. §. 16. ff. de excuſat.* (b) *l. propter, 23. in princ. ff. d. t.* (c) *l. non tantùm, 17. §. ſanè notum, ff. eodem.*

76 III. Iuriſperiti in conſilium Principis aſſumpti, (a) vel Romæ jura docentes. (b) At cæteri juris Doctores; licèt à muneribus civilibus & publicis immunes eſſe dicantur, (c) non tamen à tutela excuſantur. (d)

a) *l. Iuriſperitos, 30. in princ. ff. de excuſ.* (b) *l. ſi duas, 6. §. legum verò, ff d. t.* Idem tradunt de Iuriſperitis, qui alia celebertima Academia publicè jura profitentur. (c) *l. Medicos. 6. Cod. de Profeſſor. & Medic. lib. 10.* (d) *l. Spadonem, 15. §. qui accepit. ff. de excuſation.* Cujac. *ad l. 2. Cod. de muner. patrim. lib. 10.*

77 IV. Grammatici, qui claſſicos interpretantur autores, item Rhetores, Medici, modò ordinis decreto inſcripti ſint, numero conceſſo, & fideliter munere ſuo fungantur, ac in patria artem ejuſmodi profiteantur, vel alio in loco ſi excellant.

§. Item Romæ, Inſt. de excuſ. tut. l. ſi duas. 6. §. Grammatici, 1. & § utique, 4. & §. valdetamen. 10. ff. de excuſat. l. Grammaticos. 2. l. reddatur. 8. Cod. de Profeſſ. & Medicis. lib. 10

78 Cæteri autem Profeſſores vacationem à tutela non habent, veluti Calculatores, Poëtæ, [a] Muſici, [b] Geometræ. [c]

a] *l. Poeta. 3. l. oratione. 4. Cod. de Profeſſ. & Medic. lib. 10. l. Spadonem,*

nem, 15. §. neq; librarios, ff. de excuſat. [b] *l. 4. Cod. de excuſat. muner. lib. 10.* [c] *l. Geometra, 22. ff. d. t.*

V. Excuſantur publica muneris functione à tutela adminiſtrator rerum fiſci, [a] Præfectus annonæ, itemque vigilum, [b] menſor frumentarius, (c) & qui Reipublicæ cauſa abſunt. (d) 79

a) *l. Adminiſtrantes, 41. ff de excuſat. §. item Divus, 1. Inſt. d. t.* (b) *d. l. adminiſtrantes, 41. §. 1. ff. eod.* (c) *l. menſores, 26. ff. h. t.* (d) *l. adminiſtrantes, 41. §. eorum, ff. h. t. & §. item qui reipubl. cauſa, 2. Inſtit. eod.*

VI. Qui tres diverſas tutelas & curas, etiam miſtas, non affectatas adminiſtrat. 80

§. Item tria, 5. Inſtit. h. t. l. 2. §. fin. l. 3. & 5. 6. in princ. l. ſi ut, 31. ff. eod. tit. **Affectaſſe autem tutelam vel curam cenſetur, qui modici patrimonii factus eſt tutor vel curator.** *l. Spadonem, 15. §. eſt autem, ff. d. t.* **Item, qui ſe tutorem vel curatorem adſcripſit.** *l. uxori, 18. §. 1. ff. ad l. Cornel. de falſ.* Anton. Faber. *tom. 1. Iuriſprud. Papin. tit. 24 pr. 1.*

Sufficit autem tres tutelas vel curas eſſe in una domo. Si enim pater alicujus, ut filius, aut frater, qui eſt in ejuſdem poteſtate, tria onera tutelæ vel curæ ſuſtineat, quæ ad periculum patris ſpectant, quia voluntate ejus adminiſtrant, omnibus à tutela, vel cura excuſatio competit. 81

l. diximus 4. in fin. l. tria onera, 5. ff. de excuſat. vide, l. filiusfam. 7. ff. de tutel.

Quòd ſi pupillus, à cujus tutela excuſare ſe quis vult, propè pubertatem fuerit, ut tantummodò ſemeſtre tempus reliquum ſit, tùm non relevat trium tutelarum vel curarum onus. 82

l. non tantùm, 17. in pr. ff. de excuſat.

Interdum tamen vel una tutela vel cura ſufficit, ad evitandam aliam, puta ſi adeò negocioſa & diffuſa ſit, ut pro pluribus cedat. 83

l. ſi ut qui, 31. §. fin. ff. de excuſat.

Sequitur de excuſatione, quæ procedit ex perſonæ ineptitudine, qualis excuſatio eſt quam præſtat, I. Paupertas tutoris, *(a)* II. adverſa tutoris valetudo, ut propriis negociis ſupereſſe nequeat, *(b)* III. Literarum inſcitia, ſive imperitia literarum, ut ſi conſtitutus tutor ſcribere neſciat, & expers ſit negociorum, *(c)* IV. Senium ſive ætas longæva tutoris, ut ſi major ſit 70. annis. *(d)* V. Ratio domicilii remotioris, & latè diffuſum patrimonium pupilli, qui enim non habet domicilium eo loco, ubi ad tutelam datus eſt, excuſare ſe poteſt: *(e)* Unde qui in Italia ſuum domicilium habet, illi adminiſtratio rerum provincialium remittitur; *(f)* & ſi in eadem provincia omne pupilli pa- 84

trimonium non sit, sed illius pars in alia fuerit provincia, excusatur ab administratione earum rerum, quæ in alia sunt provincia. (g)

a) §. *sed & propter, 6. Inst. de excus. tut. l. paupertas, 7. l. post susceptam, 40. ff. d. t.* Est autem in arbitrio judicis positum, qui pauper dicatur, quod ex rerum & personæ qualitate dijudicabit. Mynf. *cent. 4. observ. 97 in fin.* Menoch. *de arbitr. jud. lib. 2. cent. 1. casu 65. num. 10. & præced. & seqq.* Petr. Augustin. Morla. *in Empor Iur. part. 1. tit. 12. quæst. 12. num 2.* Quomodo verò paupertas probetur ostendit Mascard. *d. probat. conclus 1154. n. 13.* (b) §. *item propter adversam, 7. Inst. de excusat. l. post susceptam, 40. ff. eod. tit. l. un. C. qui morbo se excus. l. 3. & toto tit. Cod. qui morbo se excus. lib 10.* Iudicis autem arbitrio relinquitur, utrum quis ægrotus, aut valetudinarius sit nec ne, vide Menoch. *de arbitr. Iud lib. 2. cent. 1. casu, 56.* (c) *l. si duas, 6. §. ult. ff. de excusat. & §. similiter, 8. Inst. eod. tit.* Qui literas nescire dicatur. Vide Duaren. *libr. 1. disput. cap. 3. &* Vult. *lib. discept. jur. schol, cap. 8.* Et notandum, quod literas nescire dicatur etiam is, qui legere potest, scribere non potest. *l. 3. §. subscribere, ff. de excusat. & l. hæc consultissima, 21. Cod. de testam.* Arumæ. *Exercit. Iust. 3 thes. 20.* (d) §. *item major. 13. Inst. de excusat. tutor. l. 2. ff. eod. tit. l. un. C. qui ætate, l. majores. 3 ff. de jure immun.* obstare videtur, *l. 74. in fin. ff. ad SC. Trebellian. l. 3. C. qui ætate se excus. lib. 10.* Bachovius *in not. ad* Treutler. *vol. 2. disput. 9. thes. 2. lit. C.* (e) *l. ult. §. fin. ff. de excusat.* (f) *l. illud, 19. ff. dict. tit.* (g) *l. non solùm, 10 §. & qui testamento, l. propter, 21. §. licet, ff. eod. tit. l. testamento, 11. C. dict. tit. l. pupillo, 27. in princip. ff. de tutor. & Curator. dat. ab his.* Vide Cœpen. *1. observ. practic 65.*

85 Olim ætas minor 25. annis excusationem à tutelæ administratione præstabat, verùm hodie ex Iustiniani constitutione ipso jure excusati sunt minores, ut non indigeant allegatione excusationis, etsi velint tutelæ onus subire, non admittuntur, (a) eadem quoque ratio est militis. (b)

a) §. *item major. 13. vers. minores, Inst. de excusat. l. ult. C. de legit. tut.* (b) §. *idem & in milite. 14. Inst. de excusat.* obstare videtur *l. propter, 23. §. ult. ff. d. t.* vide Donell. *lib. 3. comment. c. 9. pag. 173.*

86 Succedit quartum excusationis genus, quod continent inimicitiæ: quæ tribus modis à tutela aliquem excusant. I. Si quem testator propter inimicitias tutorem testamento dederit, ut scilicet onere & negocio tutelæ vexetur.

§. *Item propter inimicitias. 9. Instit. de excusat. tut. l. 6. §. dat remissionem. ff. de excusat. l. un. C. si propter inimic. creat. lib. 10. l. severiter, 14. C. de excusat.*

87 II. Si tutor inimicitias capitales cum patre pupilli exercuerit, nec recon-

reconciliatio intervenerit. Nam & hoc casu quis datus videtur, ut negociis implicetur.

§. *Inimicitiæ*, 11. *Instit. de excusat. & d. l.* 6. §. *dat remissionem*, *ff. d. t.* Quæ sint capitales inimicitiæ patet *ex Nov.* 90. *de testib. c.* 7. *si verò*, & docet Cujac. *ad d. l.* 6. §. *dat remissionem ff. de excusat.*

III. Si status controversiam à patre pupillorum passus sit tutor. 88

§. *Item is qui statum*, 12. *Inst. de excusat.* ubi Mynsing. *n.* 3. *l. si duas.* 6. §. *amplius.* 18. *ff. d. excusat. tutor.*

Antiquitùs etiam lis, quam tutor de omnibus bonis, vel maxima 89
eorum parte, vel de statu cum pupillo habebat, excusationem à tutela tribuebat, non etiam alia quædam controversia, (*a*) ut nec quod creditor, vel debitor pupilli erat: (*b*) Verùm hodie ex Iustinian. Constitut. obligatio & lis quælibet facit, ne ipso jure tutor sit, qui eam cum pupillo constitutam habet. (*c*)

a) §. *item propter litem*, 4. *Inst. de excus. l. propter*, 21. *in pr. l. amicissimos.* 36. *l. si pupillum.* 20. *ff. de excusat. l. si ut allegas.* 16. *Cod eodem.* (b) *l. creditorem*, 8. *C. qui dare tut. poss. l. neque.* 7. *C. de excusat.* (c) *Novell.* 72. *cap.* 1. & *Auth. Minoru. Cod. qui dare tut. poss.* Oleman. *ad libr.* 1. *disput. Iur. Civil.* Giphan. *disput.* 7. *num.* 20.

Quòd si ab initio tutor dissimulet se esse creditorem pupilli, jus cre- 90
diti amittit; & si dissimulet se esse debitorem non liberatur, quasi ex semetipso exegerit

d. Novell. 72. *cap.* 4. & *d. Auth. minoris*, *C. qui dar. tut. poss.*

Si post susceptam administrationem tutelæ adquirat tutor adversus 91
pupillum obligationem; fortè adita hereditate creditoris pupilli; vel etiam si eodem modo incidat tutor in obligationem pupilli, adjungitur ei contutor. (*a*) Quod & olim fiebat litis causa. (*b*)

a) *d. Novell* 72. *cap.* 2. (b) *d. l. neque*, 7. *C. de excus.*

Secus tamen erit, si post susceptam, vel depositam tutelam cessio- 92
nis jure obligationem adquisierit tutor, cessiones enim factæ in personam tutoris, donationis, venditionis, aliove titulo nullæ sunt ipso jure: nec regressum habet tutor adversus eum, qui cessit, & pupillus ab utroque liberatur.

d. Novell. 72. *cap.* 5. olim tamen ejusmodi cessiones valebant, *l. non sit*, 12. *ff. de reb. eor. qui sub tut. quam legem tollit Instin. d. Nov.* 72. *cap.* 5.

Mater verò, & avia licèt debitrix, aut creditrix sit pupilli, attamen 93
eius tutrix esse potest.

Novell. 94. *in princ. junct. cap.* 1. Omnis enim sinistra suspicio per aviæ vel matris affectionem præsumptam erga pupillum diluitur. *l. pen.* §. 1. *ff. de rit. nupt. auth. adhæc Cod. quemad. mulier. tutel. effic. fung. poss.*

94 Hactenus de juſtis neceſſitatis cauſis; ſequitur modò cauſa privilegii. Quod ſi Princeps nominatim & ſpecialiter alicui vacationem à tutelatribuat, excuſare hac indulgentia ſe poterit ille: quali vacatione donati ſunt Naviculatii.

l. Pen. C de excuſ. tut. olim etiam cives Ilienſes, item collegia fabrorum hanc ex privilegio immunitatem habebant in tutelis exterorum hominum, *l. non ſolùm, 17. §. Ilienſibus. 1. & §. ſeq. ff. de excuſ.* Item collegium Piſtorum, modò ipſi piſtores intra numerum fuerint, & per ſe piſtrinum exercuerint; ut & urbici piſtores excuſabantur à tutela filiorum collegarum ſuorum, *l. ult. ff d. t.*

95 Expoſita excuſationis parte prima, quæ eſt allegatio cauſæ juſtæ; ſequitur pars altera, legitimus ejuſdem cauſæ uſus: qui conſiſtit tum in tempore conteſtandæ excuſationis: tum in modo indicandi excuſationem: tum denique in cognitione & pronunciatione Judicis.

96 Tempus conteſtandæ excuſationis definitionem recipit ex locorum diſtantia. Tutor enim qui vel in urbe, vel intra centeſimum eſt lapidem, id eſt, intra centeſimum miliare, ab eo loco, ubi datus eſt, quinquaginta dies continuos habet, numerandos ex eo tempore, quo cognovit ſe datum eſſe tutorem. Qui verò ſupra centeſimum miliare ab eo loco ab eſt, 97 tot dies habet, quot neceſſarii fuerint ad iter illud confirmandum, & quidem viginti miliaria habet numerata in unum quemque diem, 29 præterea triginta dies: qui tamen ſic computari debent, ne minùs ſint quàm 50. dies.

l. Scire oportet. 13. §. 1. & 2. & §. quinquaginta, l. quinquaginta, 38. ff. de excuſat. l. quinquaginta, 6. C. eod. t. & § qui autem excuſare. 16. Inſt. dict. tit.

97 Elapſo hoc præfinito tempore, tutor præſcriptione temporis ſubmovetur, & oneri tutelæ obligatur.

dict. l. ſcire, 13. & §. 1. & §. conſequens, 4. ff. dict. t. l. teſtamento, 11. Cod. eod. t.

98 **Peragendo autem, hoc eſt, diſceptando, & finiendo huic negocio quatuor menſes præfiniti ſunt; (a) niſi mora contradictionis impediatur tutor. (b)**

a] *dict. l. quinquaginta, 38. ff. de excuſat.* [b] *l. cùm ipſe. 39. ff. dict. tit.*

99 Modus inducendæ excuſationis conſiſtit tùm in arbitrio allegandæ excuſationis omiſſa appellatione; tùm in conjunctione cauſarum excuſationis, ſi quis plures habeat: tùm etiam in tractanda excuſatione pro tribuali judicis competentis.

100 Ad primum enim quod attinet, quamvis teſtamento, vel lege datus

tus tutor non aliter immunitatem habeat, quàm ſi legitimè excuſatione 101
utatur; attamen decreto magiſtratus, qui datus eſt tutor, vel confirmatus, poteſt vel appellare à nominationis decreto, vel appellatione iſthac omiſſa, debito modo excuſatione uti.

l. tutor. 20. ff. de adminiſtrat. & perit. tutor. l. ſcire oportet. 13. in princ. l. Cajus. 16. l. quinquaginta. 38. ff. hoc. tit. l. tutores. 18. C. eodem.

Interpretes quidem noſtri veteres & recentiores exiſtimant à tute- 102
læ vel curæ delatione non appellari confeſtim, ſed priùs excuſationè utendum eſſe, qua non recepta, demùm appellandum eſſe à ſententia rejectæ excuſationis: ſed errori ſeſe implicant.

l. 4. ubi Cujac. *ff de excuſat. l. cum in una, 17. §. 1. ff. de appellat. l. pen. ff. de tutor. & cur. dat. d. l. tutor. 20 ff. de adminiſtr. & periculi. tut.* ſed obſtare videtur, *§. qui autem excuſare, 16. Inſt. de excuſat. tutor. & l. 1. §. ſi quis, ff. quando appell. ſit.* vide Cujac. *lib. 9. obſerv. cap. 35* Treutler. *vol. 2. diſp. 9. th. 1.* Gerhard. *decad. 3. quæſt. 10.* Sed vide diſſentientes Donell. *lib. 3. comment. c. 9. fol. 175* Arumæum. *Exercit. 3. th. 22 & diſp. ff. 16. th. 14.* Dn. D. Beſold. *d. apellat. c. 7. nn. 12. pag. m. 245.* Hackelm. *illuſtr. quæſtion diſp. 15. th. 20. lit. E. & I.*

Quod attinet conjunctionem cauſarum, ſi plures quis excuſatio- 103
nis cauſas habeat, iiſque uti velit, ab initio eas omnes conjungere, ſimul proponere, & conteſtari debet: quo facto, una non probata, vel non recepta, alia uti poteſt. 104

d. l. ſcire oportet. 13. §. ſcire autem. & §. oportet l. propter litem. 21. § 1. ff. de excuſat. facit *l. præſcriptionem. 8. l. ſi quidem. 9. & l. ult. C. de except.* Nemo enim pluribus Exceptionibus (quibus Excuſationum cauſæ ſunt ſimiles) uti prohibetur. *l. nemo. 8. ff. de except. l. nemo. 43. ff. de regul. jur.*

Pro tribunali autem vel apud acta, ut dixi, allegatio, conteſtatio, & 105
examinatio cauſæ excuſationis fieri debet, (a) quæ eſt ſolennitas hujus excuſationis, (b) unde per libellos tutor ſe excuſare non poteſt, [c] cùm decreto, id eſt, cauſæ cognitione opus ſit. [d]

a) *d. l. ſcire, 13. §. oportet. 10. ff. de excuſ.* (b) *l. un. C. qui ætate.* (c) *l. excuſare, 25 ff. de excuſat.* (d) *l. ſi cùm ipſe, 39 ff. d. t junctæ l. nec quiſquam, 9. §. 1 ff de offic. proc. l. omnia, 71. & l. ubicunque. 105. ff. de reg. jur.* ſed obſtare videtur, *d. l. ſcire. 13. §. oportet. verſ. poteſt. ff. de excuſat.*

In dubium vocatur, an Tutor abſens per procuratorem excuſare ſe 106
poſſit? Id quod nos contra Accurſium affirmamus.

Per textum in l. tutor. 19. C. de admin. tut. vide Cujac. *ad d. l. ſcire, 13. §. oportet. ff. de excuſat.*

Reli-

105 Reliquum est, ut de magistratus sive judicis partibus in excusationis negocio videamus. Sunt autem ejus partes hæ, ut causis excusationis allegatis, de his exploratè, & penitùs cognoscat: Et primùm quidem advertat, an causæ illæ intra legitimum tempus allegentur: Tùm ordine cognoscat, an sint veræ, id quod probationibus ostenditur: Quæ omnia si concurrant, tùm liberat tutorem à tutela. (a) Quòd si non adsint hæc tria, repudiata excusatione pronunciet tutorem manere. Qua sententia victus tutor, si videtur, appellare ab ea potest. (b) Si non appellet, administrationi, & periculo tutelæ subjicitur. (c)

a) *l. 2. l fi tutor. 22. C. de excus.* (b) *l. quanquam. 15. C. de excusat. tut. d. l. scire, 13. in princ. vers. adversus, ff. eod. tit. l. 1. §. si quis tutor. ff. quando appell. sit.* (c) *l. 3. l. 6. C. de excus. tutor.*

106 Interdum tamen licèt tutor sententia judicis liberatus sit à tutela, nihilominus tamen periculo tutelæ subjacet: ut si falsis allegationibus circumvento judice excusatio recepta sit; (a) vel tutor jam exclusus legitimo tempore sit liberatus.

a) *tot. tit. C. si tut. vel cur. fals. alleg.* (b) *dict. leg. scire, 13. §. consequens, ff de excusat.*

107 De hinc agemus de administratione tutelæ, quâ tutor omissâ, vel non obtentâ excusatione oneratur. In hac autem spectatur, tum quo modo suscipiatur tutelæ administratio, tum administratio ipsa.

108 In suscipienda administratione necessaria sunt hæc tria, I. Vt tutelæ administratio à magistratu assignetur tutori, qualiscunque ille fuerit. II. Vt quilibet tutor idoneam cautionem & juramentum præstet de fideli administratione tutelæ; III. Vt tutor inventarium de omnibus pupilli rebus ritè conficiat.

Const. Carol. de Anno 1548. Tit. Reformation guter Policey / *Cap.* Von der Pupillen vnd Minderjährigen Kindern Tutorn vnd Vormündern. Quomodo autem tutor inventarium facere debeat, ostendit Mynsi. *cent. 6. obs. 39.*

109 Quod tutor non fecerit inventarium, vel non ritè fecerit, dolo ejus descriptionem omisisse videtur. [a] Vnde quasi suspectus à tutela removetur, & pœnis legitimis afficitur. [b] Et si quandam rem non descripserit in inventario in duplo ejus rei punitur. [c] Quibus tamen pœnis non subjacet tutor, cui testator pater pupilli remisit inventarii confectionem, [d] quique aliquam justissimam & necessariam causam allegare potest, cur non fecerit, vel non debito modo fecerit inventarium. [e]

a] *l. tutor. 7. in pr. ff. de admin. tut.* [b] *l. ultim. C. arb. tut. junct. l. 3. §. qui pecuniam, ff. de susp. tut.* [c] Mynsi. *d. cent. 6. obs. 39. nu. 5.* (d) *d. l.*

Digitized by Google

[d] *dict. l. ult. Cod. arbitr. tutel.* [e] *d. l. tutor. 7. in princ. ff. de administr. tutel.*

110 Quod ipſam attinet tutelæ adminiſtrationem, ejus partes duæ ſunt: Perſonæ pupilli gubernatio, & negociorum rerumque geſtio. Gubernatio perſonæ pupilli conſiſtit, cum in ejus educatione, tum in ejuſdem integratione.

Vide Vultejum *lib. 1. Iuriſpr. Roman. c. 25. p. m. 153.*

111 Educatio pupilli continet non tantùm victum, veſtiarium, & habitationem, [a] ſed & inſtitutionem morum, & liberalium artium. [b]

a] *l. ult. ff. de aliment. legat.* [b] *l. 2. C. de aliment. pupill. præſtand. l. cùm plures, 12. §. cùm tutor. ff. de adminiſtr. & peric. tut.*

112 Sunt autem educandi pupilli plerunque apud matrem viduam; vel ſi ea de re non benè conveniat inter tutores, matrem & cognatos, apud eum, quem educatorem magiſtratus decreverit. [a] Qui tamen non temerè decernet educatorem, qui pupilli ſucceſſionem ſperat. [b]

a) *l. 1. C. ubi pupill. educari deb.* (b) *l. 2. C. dict. t.*

113 Integratio perſonæ eſt, quâ pupillus authoritate tutoris ad negocium aliquod agendum habilis & idoneus efficitur.

Tot. t. Inſt. C. & ff. de autor. tut. & l. 3. C. de in integ. reſtitut. minor. l. cùm in una, 17. §. 1 ff de appell.

114 Circa hanc duplex inſpectio incurrit: una de modo præſtandi authoritatem pupillo: Altera de negociis, quæ authoritatem tutoris deſiderant.

115 Præſtari authoritas debet non ante negocium, neque longè poſt negocium, neque per epiſtolam, aut nuncium, neque nutu: ſed ſtatim perfecto negocio, (a) à tutore præſente (b) & verbis expreſſis. (c)

a) *l. Si quis, 25 §. juſſum, ff. de adquir. hereditat. l. nunquam, 31. in pr. ff. de uſucap. l. 1. in fin. l. 2. ff. de ſolut. §. tutor autem, 2. Inſtit. de autor. tut. ubi Ego in Commentar. num. 12.* Cujac. *in Paratitl. Cod. de autor. præſt. ſibi contrarius, libr. 3. obſ. c. 31.* Donell. *lib. 3. Comment. cap. 13.* (b) *d. §. tutor, Inſt. de autor tut & l. obligari, 9. §. tutor ſtatim, ff. eod.* (c) *l. 1. §. mutus, ff. de tutel.* Hackelman. *illuſtr. quæſt. diſput. 15. theſ. 13.*

116 Hoc modo niſi præſtita authoritas fuerit, perinde eſt, ac ſi omninò authoritas interpoſita non ſit.

l. 2. ff. de autor. tutor. Vultejus *lib. 1. Iuriſpr. Roman. cap. 25. fol. mihi. 153 in fin. & fol. ſeq.*

117 Deſiderant autem tutoris authoritatem omnia negocia, quibus agitur, ut in pupillum alii alicui obligatio adquiratur, (a) vel etiam à pupillo dominium (b) tranſeat ad alium.

a) *l. obligari, 9. in pr. ff de autor. tut. & Inst. eod. in pr.* (b) *§. nunc admonendi, Inst quib. alien. lic. vel non. & dict. l. obligari, 9. in princ. ff. de autor. tutor.*

118 **Si quid tamen pupillus sibi stipuletur dari vel fieri, non est necessaria tutoris authoritas: quippe cùm suam conditionem facere meliorem possit etiam absque tutoris authoritate.**

Inst. de autor. tut. in princ.

119 Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, (*a*) mandatis, (*b*) societatibus, (*c*) authoritate tutoris pupillus opus habet.

a) *Dict. t. Inst de autor. tut. in princ. vers. unde in his.* (b) *l. praetea. 3. §. 1. l. servus, 19. vers. quoniam, ff. mandati, & d. vers. unde in his,* [c] *in d. vers. unde in his,* annumeratur etiam mutuæ obligationis contractibus depositum, sed cùm depositum ab initio non pariat mutuam obligationem, sed tantùm si quid in rem depositam impensum fuerit, *l. ei apud quem. 5. in princ. junct. l quod privilegium. 8. l. si in Asia. 12. & l. actione. 23. ff. depos.* Societas autem statim ab initio mutuam obligationem producat, & alibi etiam mutuæ obligationis negociis adscribatur, *ut Instit. de obligat. ex consens. & l. 2 ff. de O. & A. & l. Iubeo, 19. ff. de V. S.* putarem *in d. vers. in his,* pro verbo DEPOSITIS reponendum esse verbum SOCIETATIBUS.

120 Quòd si etiam in judicio litiget pupillus absente tutore, & sententiam in ipsum judex dicat, ea ipso jure nulla est. (*a*) Quod hodiè obtinet etiam in causis criminalibus. (*b*)

a) *l. 1. & 2. C. qui legit. pers. standi in jud. l. 4. C. si adverss. rem jud. l. in universis, 11. C. qui dare tut. vel cur. l. acta, 45. §. ult. ff de re jud.* (b) *l. 4. C. de autor. praest.*

121 Hereditatis quoque aditio facta sine tutoris authoritate non obligat pupillum creditoribus hereditariis.

§. Nequetamen. 1. Inst. de autor. tut. & d. l. obligari, 9. §. hereditatem, ff. d. t. Donell. *lib. 5. Commentar. jur. civil. cap. 6.*

122 Etsi verò tutor pupillo cum alio negotium contrahenti authoritatem præstare possit, in rem tamen suam ei autor directò fieri non potest.

l. 1. l. quod dicimus. 7. l. potest. 18. de autor. tut. Anton. Faber. *tom. 1. Iurisp. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 8. & tit. 21. princ. 1. illat. 5.*

123 Sequitur de tutoria negociorum, rerumque gestione, quæ in conservando, & augendo pupilli patrimonio consistit. Huic tanquam bonus & diligens paterfamiliâs, & veluti Dominus ex bona fide incumbere, & vacare tutor jubetur, (*a*) ita ut neque utilia præmittat, neque

Digitized by

que inutilia admittat. (b) Vndè si pecuniæ sint in patrimoniò pupilli, & ex immobilibus sufficiens reditus non sit, eas vel idoneis hominibus fœnori dare, vel in emptionem prædiorum idoneorum, hoc est, fertilium & levioribus tributis obnoxiorum, & quorum autor idoneus, id est, locuples est, ut de evictione cum effectu conveniri possit, collocare tenetur. (c)

a) *l. Generaliter, 10. l. à tutoribus, 33. in princ. ff. de admin. tut.* (b) *l. de creationib. 27. C. de Episc. aud.* (c) *Novell. 72. cap. 7. Si verò habeat.*

Quòd si reditus sufficiens pupillo sit, necesse non habet tutor fœnori dare pecuniam pupilli, sed satis est, si cautè reponat, & reservet eam pecuniam; (a) quamvis antiquitùs secus fuerit. (b) 124

a] *d. Novell. 72. cap. 7. Si verò habeat.* (b) *l. tutores, 24. Cod. de admin. tut. l. si tutelæ, 8. l. si tutor, 15. ff. d. t. l. 3. C. de usur.* vide Cujac. *lib. 5. observat. 12.*

Distrahere quoque tutor tenetur res eas, quæ servando servari non possunt; ut animalia inutilia, vestes, fructus, & res cæteras tempore perituras. 125

l. Tutor, 7. §. 1. ff. de admin. tut. & l. tutores, 24. ibi, & quicquid vetustate temporis non mutatur, C. d. t.

Prædia autem rustica vel urbana, & alias maximi momenti res absque decreto magistratus alienare non potest tutor. 126

Tot. t. C. de prad. & aliis reb. min. & t. t. ff. de reb. eor. qui sub tut. & d. Const. Carolina, von Reformation gutter Policey. *cap.* Von der Pupillen / ꝛc. *vers.* Item / daß er / ꝛc. vide Menoch. *lib. 2. de arbit. jud. centur. 2. casu 171.*

Inprimis verò domum vendere non licet, in qua defecit pater; minor crevit; & in qua majorum imagines, aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre. 127

l. Lex qua, 22. C. de admin. tutor.

Vt autem pro explorato haberi possit, an bona fide & omni cogitatione, curaque in administrationem incumbat tutor, nec ne, jure Canonico, [a] & salubertima legislatione Carolina [b] cautum fuit, ut tutor quotannis ad requisitionem & mandatum magistratus rationes administrationis suæ reddat. 128

a] *Clement. 2. §. ut autem præmissa, tit. de relig. domib.* [b] *sub d. cap.* Von der Pupillen / ꝛc. *vers.* Item / daß er / ꝛc.

Dispiciemus nunc de suspecti tutoris postulatione; circa quam duplex inspectio incurrit; una, quis sit suspectus tutor; altera, quid sit suspecti postulatio. Est autem suspectus tutor, qui moribus talis est, ut sit suspectus; (a) qualis est, qui probatus nummis datis tutelam occupas- 129

ſe; (b) vel cum ſatisdare deberet, non ſatisdedit; (c) vel repertorium non fecit; (d) & quem fraudulenta in rebus pupilli converſatio ſuſpectum commendat; (e) quique aliàs etiam non ex fide, ſed dolo tutelam adminiſtrat; (f) qualis eſt, qui graſſatur in tutela, vel perniciosè aliquid intercipit ex rebus pupilli; (g) & qui evidenti fraude pupilli bona alienat; (h) vel dolo male am adminiſtrare ceſſat; (i) vel ad alimenta pupillo præſtando copiam ſui non facit; (k) vel inimicus eſt pupillo, aut parentibus ipſius. (l)

a) §. *ult. Inſt. de ſuſpect. tut. l. ſuſpectum 8. ff. d. t. l. 5. C. eod.* Cujac. *12. obſ. 39.* (b) *l. 1. § ſolent. ff. de offic. præf. urb. l. in eos. 9. ff. de tutel. l. 3. §. ſed ſi non. in fin. ff. de ſuſpect. tutor. & §. ſed ſi quis præſens Inſt. d. tit.* ubi pro MINISTERIUM legi debet MINISTERIIS, ut oſtendit Cujac. *ex d. l. 3 §. ſed ſi non. ff. eod. in libr. 5. reſponſ. Papin. pag. 202. in princ.* (c) *l. 1. & 2. C. de Tutor. vel Curat. qui non ſatisd.* (d) *l. 3. §. tutores qui repertorium.* ubi Bart. *ff. de ſuſpect. tut. l. tutor. 7. in pr. ff. de admin. & peric. tut.* vide Menoch. *de arbitr. jud. lib. 2. cent. 2. caſu. 174.* (e) *l. ſi creditores. 31. §. 1. ff. de reb. author. jud. poſſ.* (f) *§. ſuſpectus autem. 6. Inſt. de ſuſp. tut. l. 3. §. nunc videamus ff. eod.* (g) *d. l. 3. §. nunc videamus. ff. d. t.* (h) *d. l. 1. §. ſolent. ff. de offic præf. urb. & d. l. in eos. 9. ff. de tutel.* (i) *§. ſuſpectus autem. 6. Inſt. de ſuſp. tut. l. 2. & l. 3. C. eod. ut l. 4. in fin. ff. d. t.* (k) *§. ſi quis tutor. 9. Inſt. h. t. & l. 3. §. tutor qui ff eod.* (l) *d. l. 3. §. ſi tutor inimicus. ff. d. t.*

130 Non ſolùm tamen dolus ſive fraus ſuſpectum facit tutorem, ſed & lata ejus negligentia; (a) item culpa levis. (b)

a) *l. impuberibus. 7. §. ſi fraus. ff. de ſuſpect. tutor.* (b) *§. ſuſpectus autem remotus. 6. Inſt. d. t. & l. 3. §. ult ff. eod. & l. ult. C. h. t.*

131 Cæterum ſuſpecti tutoris poſtulatio (a) eſt actio popularis, (b) quâ quis tutorem quemvis (c) ſuſpectum eſſe intendit, proindeque à tutela eundem removeri (d) petit. Et qui hanc movet actionem dicitur ſuſpectos poſtulare, (e) & ſuſpectos facere tutores; (f) & tutor, qui hac convenitur actione, ſuſpectus poſtulari dicitur. (g)

a) Dicitur ſuſpecti poſtulatio *in l. 3. §. ſi quis abfuturus. ff. de ſuſp. tut.* (b) Competit enim cuilibet de populo §. *conſequens. verſ. & ſciendum. Inſt. d. t.* unde etiam publica dicitur actio *in l. 1. §. conſequens. ff. eod.* Item quaſi publica accuſatio, *d. §. conſequens Inſt. d. t.* (c) ſive ſit teſtamentarius, ſive legitimus, ſive dativus. §. *oſtendimus 2. Inſt. eod. l. 1. §. oſtendimus ff. d. t. l. 4. C. eod.* (d) hic eſt finis hujus actionis. §. *1. §. ſed & ante. §. ſuſpectus autem remotus. & §. ſi quis tutor. verſ. ergò ut ſuſpectus & §. ult. Inſt. h. t. l. 2. l. 3. l. ult. C. eod. l. 1. §. 1. & §. damus l. 3. §. præterea. §. ſi tutor inimicus §. ult. & l. 4. ff. d. t.* (e) §. *conſequens. & §. impuberes. Inſt. de*

ſuſp.

ſuſp. tut. (f) *l. impuberibus. 7. in pr. ff. d. t. & l. 1. C. eod.* (g) *§. ſi quis autem ſuſp. 7. Inſt. d. t. l. 1. §. 1. l. 4. §. ultim. ff eod. l. 2. 3. 6. & 8. Cod. dict. tit.*

Competit ergo hæc actio non tantùm parentibus & affinibus, ſed 132
& extraneis. (a) Quin etiam mulieres actionem ſuſpicionis movere poſſunt, ſi ad hoc pietate & propenſo amore pupilli producantur, quales ſunt mater, avia, ſoror, nutrix, &c. (b) Magiſtratui quoque nemine agente ultrò, ſuſpectum quem habet, removere licet: (c)

a) *l. pietatis. 6. C. eod. tit.* (b) *§. conſequens, 3. Inſt. h. t. & d. l. 1. §. conſequens eſt. ff. d. t. d. l. 6. ibi, utriuſque ſexus C. eod.* (c) *l. 3. §. præterea & l. finali ff. d. t.*

Eſt & illud nìc generaliter notandum, quod inſtituta hac actione, 133
quoad cognitio finiatur, tutori adminiſtratio interdicitur, & interim curator creatur, ſi nullus præterea ſit tutor ejuſdem pupilli.

l. eum quem 7. C. de ſuſp. tut. & §. ſi quis autem 7. Inſt. d. t.

Eſt autem ſuſpecti accuſatio vel actio civilis, vel criminalis extra- 134
ordinaria actio. (a) Suſpecti actio civilis eſt, quâ agitur tantùm & petitur, ut tutor declaretur ſuſpectus, & à tutela decreto judicis removeatur; (b) cui locus eſt etiam antequam tutelam cœperit gerere tutor. (c)

a) *l. in eos 9. ibi, extra ordinem ff. de tutel. l. 1. §. ſuſpecti tutoris ff. ad SC. Turpil. l. 1. §. ſolent ad Præfecturam, ff. de offic. præf urb.* Iohan. Oldend. *cl. 7. act. 1. quæſt. 7.* & Arnoldus ab Haerſolte *in adverſar. de action. ad 4. part. Pand. act. 21. num. 5.* (b) Oldend. & Arnold. ab Haerſ *d. l.* (c) *§. ſed & antequam Inſt. de ſuſp. tut. & l. 4. §. ult. ff. eod. tit.*

In hac civili actionem ſuſpecti videndum quis ſit judex; quæ item 135
pœna condemnatum hac actione ſequatur. Competens judex apud quem ſuſpectus tutor hac actione conveniri poteſt, jure Iuſtinianeo eſt Romæ Prætor; in provinciis Præſes & Proconſul, ejuſque legatus. (a) Quòd ſi Prætor vel Præſes juriſdictionem ſuam alicui mandet, apud ipſum quoque delegatum poſtulari ſuſpectus poteſt. (b)

a) *§. 1. Inſt. de ſuſpect. tutor. l. 1. §. damus & §. ſeq. ff. eod. l. pen. ff. de offic. ejus, cui mand.* (b) *d. l. 1. §. an autem verſ. ergo etſi prætor, ff de ſuſpect. tut. d. l. pen. in pr. ff. de offic. ejus, cui mand.*

Sed an legatus Proconſulis, itemque delegatus Præſidis vel Præto- 136
ris tantummodò cognoſcere de ſuſpectis tutoribus poſſint, vel etiam pronunciare de ſuſpicionis cauſa, atque ita removere tutorem ſuſpectum, quæſtionis eſt? utramque poteſtatem legato illi & delegato Præſidis competere aſſerimus.

Per *§. 1. Inſt. de ſuſp. tut.* ubi quod legato Proconſulis dicitur, exau-

diri quoque debet de Præsidis & Prætoris delegato, apud quem civiliter hæc actio mota est. *arg. l. 1. §. an autem verf. ergo etsi ff. de susp. tut.* Maximè, cùm delegati judices de causis civilibus non solùm cognoscendi, sed & pronunciandi jus habeant. *l. à Divo 15. in princ. ff. de jud.* At dissentit ab hac conclusione nostra. Hotom. *ad §. 1. Inst. de susp. tut.* & Petr. Faber. *ad l. nemo potest. 70. ff. de Regul. Iur. per l. 1. §. suspecti tutoris. ff. ad SC. Turpil.* Sed vide Bachov. *in not. ad Treutl. volum. 2. disput. 9. thes. 3. lit. C.*

137 Quod attinet pœnam suspecti *(a)* tutoris, hac civili actione condemnatus tutor suspectus pœnam remotionis sustinet, & præter eam etiam infamiæ macula adspergitur, si ob dolum sive fraudem factus sit suspectus: *(b)* nisi aliquo necessitudinis vel affinitatis vinculo conjunctus sit pupillo: aut patronus sit pupilli. *(c)* Quòd si ex culpa levi, veluti segnitia vel rusticitate suspectus est factus, integra existimatione à tutela abire jubetur.

a) Suspectum tutorem pœna teneri arguit textus *in l. 1. §. 1. ibi, Deq; pœna suspecti ff. de susp. tutor.* (b) *§. suspectus autem remotus. 6. Inst. d. t. & l. ult. C. eod.* (c) *l. si tutor 9. ff. d. t. §. ostendimus. 2. verf. quid si patronus Inst. eod.* (d) *d. §. susp. 6. Inst. h. t. & d. l. ultim. C. d. t. & l. tutor. 3. in fin. & l. hæ enim causæ. 4. in pr. ff. eod.*

138 Sed tutor suspectus ex lata culpa remotus an infamia notetur, quæritur? Nobis affirmata haud displicet sententia.

Tùm quia lata culpa dolo planè comparatur, *l. 1. §. pen. ff. si mensor falsum. mod. dix. & dolum repræsentat, l. 1. §. culpa ff. si quis testam. lib.* & propè dolum est, *l. si fidejussor. 29. in pr. ff. mand.* ac dolo proxima, *l. cùm res. 47 §. culpa ff. de legat. 1. l. si fortuito 9 ff. de incendio, ruina, naufr.* & quandoque dolus simpliciter dicitur, *l. magna ff. de V. S. l. Quod Nerva 22. ff. depos.* ubi Zalius & *l. ix., cui §. dolum ff. ut in poss. legat.* Tùm quòd & depositi actione ex lata culpa condemnatus infamis efficitur *d. l. Quòd Nerva 32. ff. depositi, junctâ l. 1. ff. de his qui not. inf.* ut & ille, qui mandati actione ob negligentiam latam condemnatur, Cic. *in orat. pro S. Rosc.* Tùm denique textu *in l. impuberibus 7. §. 1. ff. de susp. tut.* Atque hanc sententiam nostram probant quoque Cujac. *lib. 7. obs. c. 8.* & Hotom. *ad §. suspectus autem remotus. 6. Inst. de susp. tut.* Treutler. *vol. 2. disput. 9. thes. 4. lit. G.* ubi Bachov. *in not. fol. 483.* Coras. *lib. 4. miscell. jur. civil. c. 2. num. 8. & 9.* Dissentit Angel. Wesenb. & alii *ad d. §. suspectus, 6. Instit. d. t. num. ult.* Freher. *de infamia. lib. 3. cap. 11. num. 3.* Dn. D. Besold. *d. tutel. & cura. c. 22. num. 2.* Molina *de Inst. & Iur. tom. 1. tract. 2. disp. 225. num. 14.*

139 Suspecti actio criminalis *(a)* extraordinaria est, *(b)* quâ quis in-

Digitized by Google

intendit; tutorem fraudulenter circa tutelam versari; proindeque petit, ut non solùm à tutela repellatur, sed & arbitrio judicis puniatur. (c)

a) Quæ accusatio dicitur *in §. consequens, 3. Inst. de susp. tut. l. tutor 3. §. 1. & §. præterea, 4. & §. quæri. 6. ff d. t. l. 1. §. suspecti tutoris. ff. ad SC. Turpil.* [b] *l. in eos 9. ibi, extra ordinem ff. de tutel.* [c] *d. l. 9 ff. dict. t., l. 1. §. solent ff. de off. præfect. urbi l. 1. in fine l. 2. ff. de suspect. tutor. & d. l. 1. §. suspecti tutoris. ff. ad SC. Turpil.* Oldendorp. *Class. 7. action. 1. quæst. 7.* Arnold. ab Haersolte *in adversf. de action. ad 4. part. pand. actione 21 numer. 5.*

Atque hæc actio intentari non potest contra eum tutorem, qui nihil 140
adhuc gessit; (a) unde si quid fraudulenter admisit in bonis pupilli, antequam tutor esset, ut si ejus substantiam expilarit, aut furatus sit, expilatæ hereditatis vel furti actione conveniri potest. (b)

a] *l 4. §. ultim. ff. de suspect. tutor.* Oldendorp. *d. class. 7. act. 1. quæst. 9.* (b) *l. tutor. 3. §. nunc videamus. 5. ff. d. t.*

Actionis hujus criminalis competens judex Iustinianeo jure est Ro- 141
mæ solus Præfectus urbi, non Prætor. (a) In provinciis solus Præses & Proconsul, non etiam horum delegati. (b)

a) *§. Sed si quis præsens 10. & §. seq. Instit. de suspect. tut. l. 1. §. solent. ff. de offic. præfect. urbi. l. 1. in fin. l. 2. l. tutor. 3. §. sed si non ff. de suspect. tutor.* (b) *d. l. 1 §. suspecti tutoris ff. ad SC. Turpil. l. solent 6. in princ. ff. de offic. Proconsul.* Obstare videtur *l. 1. §. ad autem legatum ff. de susp. tut. & l. pen. in pr. ff. de off. ejus cui mand. est Iurisd.*

Est & illud hic notandum, quòd post finitam tutelam cognitio su- 142
specti tutoris, quamvis pridem recepta, solvitur.

l. Pen ff. de suspect tutor. & §. sed si suspect. 8. Instit. dict. tit. vide Cujac. *in Comment. libri 5. resp. Papin. pag. 201. & seq. ubi corrigit dict. §. sed si suspecti. 8. Instit. de suspect. tutor. &* pro DECESSERIT legendum putat ESSE DESIERIT.

Nunc de modis finiendæ tutelæ agemus. Tutela finitur vel morte, 143
vel inter vivos. Morte vera aut quasi; (a) Vera morte, ut si tutor vel pupillus de vita decedat. (b) Quasi morte, veluti si capitis deminutio obveniat tutori vel pupillo. (c)

a) Est vera, est & quasi mors *§. cùm autem, ibi, quasi mortuo Instit. quib. mod patria pot. solv.* Illam dicunt naturalem, hanc civilem. Bart. *in l. Deo nobis. C de Episc. & Cleric.* Alexand. *consil. 139. vol. 1.* (b) *§. simili modo. 3. Instit. quib. mod. tutel. finit.* (c) *§. item finitur. 1. & §. sed & capitis. 4. Instit. d. t. l. si arrogati. 14. ff. de tutel.*

Etsi verò morte pupilli finiatur tutela, periculum tamen tutelæ ad 144
tutores pertinet. *l. Si qu is*

l. Si quis tutor 60. in pr. ff. de ritu nupt. Vultejus. *Iurisp. Roman. libr. 1. cap. 25. pag m. 156.*

145 Inter vivos finitur tutela, vel tantùm ex parte tutoris, vel ex pupilli & tutoris parte. Ex parte tantùm tutoris finitur tutela, tùm excusatione, & suspecti remotione: tùm adventu certi temporis, & conditionis adpositæ eventu.

146 Excusatione finitur tutela, si ex justa causa se excuset tutor, & onus administrandæ tutelæ deponat.

§. ult. Inst. quib. mod. tut. fin. Vlp. *in Instit. t. 11. de tut. §. hoc amplius.* Injusta causa non præstat excusationem *l. 1. §. libertos. 8. coloni. 9. fratres tuus. 13. ne Senatorum. 19. inusitatam. 21. quod res. C. de excus. tut.*

147 Suspecti remotione finitur tutela, si tutor submoveatur à tutela, ob id, quòd suspectus visus & probatus fuit.

d. §. ult. Instit. quib. mod. tut. fin. & Vlp. *Instit. tit. 11. de tutel. §. hoc amplius.*

148 Adventu certi temporis finem accipit tutela, si testator proli suæ ad certum usque tempus testamento tutorem dederit, & tempus illud jam venerit.

§. Praterea. 5. Inst. quib. mod. tut. fin.

149 Eventu conditionis adpositæ finitur tutela, si usque ad conditionem aliquam testamento datus sit tutor, & conditio illa existat.

§. Sed etsi usque. 2. Inst. quib. mod tut. fin. l. si arrogati. 14. §. fin. ff. d. tutel. voluntas enim testatoris strictè est interpretanda. *Novell. 22. c. 2. l. 3. §. 1. ff. d. administr. & pericul. tutor.*

150 Cæterùm ex parte utriusque, pupilli & tutoris finitur tutela, tùm adrogatione pupilli, tùm ipso jure. Adrogatio perimit tutelam, si pupillus ab aliquo per adrogationem in locum filii assumatur.

§. Item finitur. 1. & §. sed & capitis. 4. Inst. dict. tit. l. si arrogati. 14. in pr. ff. de tutel. l. ult. C. de autor præstand. Antonius Faber. *in Iurisprud. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 21. & tit. 22. princ. 3. 4. & 5.*

151 Ipso jure finitur tutela pubertate pupilli; ut si pupillus decimum quartum, pupilla duodecimum ætatis annum complevit.

Instit. quib. mod. tut. fin in princ. l. Seja. 26. ff. de tutor. & curat. dat. ab his. & l. si tutores. 3. C. de testam. tut. l. ult. Cod. quand. tutor. vel curat. esse desin. Mavzin. *d. tutel. & cura. quæstion. 9. princ. num. 4.*

Digitized by Google

CLAS. I. DISPUTAT. XV.

DE CURA.

THESIS I.

SEquitur altera, quasi potestatis species, Cura scilicet; quæ est quasi 1
potestas (a) in puberem, (b) qui ob animi, (c) vel corporis (d) infirmitatem rebus suis superesse nequit, ad curanda negocia ipsius, jure Civili data ac permissa. (e)

a) Curam dico potestatem, *tùm per text in l. 1. ibi, in potestate curatorum, ff. de curat. furios. &c. & in tit. ultim. libr. 1. Instit. Gaji.* tùm exemplo tutelæ, quæ potestas appellatur, *in §. 1. Instit. de tutel.* Est autem quasi potestas. Cum enim ipsa tutela & cura negentur esse potestas *in d. tit. Instit. de tutel. in princip.* constet tamen ex *§. 1. ejusdem tit. & l. 1. §. 1. ff. eod. tit.* quòd tutela & cura sint aliqua potestas: apparet inde, quòd singularis quædam sit potestas, proindeque dici quædam potestas potest, exemplo legati, quod quædam dicitur donatio, *in §. 1. Instit de legat,* licèt neque inter vivos, neque mortis causâ sit donatio. (b) ut tutela est pupillorum, ita cura est puberum, *l. 3. in princ. ff. de tut. l. Orphanotrophos. 32 in princ. C. de Episc. & Cler l. 1. C. Quando ex facto tutoris vel curat. l. cum ex oratione. 44. §. at si, ff. de excusat.* Et ut pupilli sunt in tutela, ita puberes sunt in Cura, sive curatione. *Instit de tutel. in pr. vers. videamus.* Interdum quidem etiam pupillis curator datur, § *interdum. 5. Instit. de curator. & tot. tit. Cod in quibus causis tutor. hab. tutor vel curator dari poss.* Sed curator ille magis est administrator rerum, quàm curator. *l. solet. 13. ff. de tutel.* Et instar est tutoris, cùm non duret ultra pubertatem *l. curatorem. 25 ff de tutor. & curat. dat. ab his, &c.* & judicio tutelæ teneatur *l. si Curator. 3. C. arbitr. tut.* (c) ut est minor 25. annis *l. 1. in princip. ff. de mior.* Item furiosus, mente captus, prodigus, majores 25. annis. *tot. tit. Cod de curatore furiosi vel prodigi. l. tutor. 3. §. 1. ff de tutel.* (d) qualis est surdus, mutus, & qui perpetuo morbo laborat. § *sed & mente captis 4. Instit. de curator.* (e) *argum. §. 1. Instit. de tutel.*

In cura autem spectamus tum ejus species; tum excusationem à cu- 2
ra: tum curæ administrationem: tum etiam suspecti curatoris postulatio-

T nem,

nem, & modos finiendæ curæ: tum denique obligationem, quæ ex curæ administratione nascitur: de quo tamen ultimo membro, infra sub speciebus quasi contractus commodius tractari potest.

3 Curæ species duæ sunt: Est enim honoraria cura, est & cura legitima.

Vlpian. *tit. Instit. de curat. in princ.* Testamentaria cura nulla est: *§. dantur autem vers. sed curator. Institut. de curator. & l. pen. Cod. de testament. tutel.* & datus testamento curator, ex confirmatione quidem Magistratus curator efficitur, *d. §. dantur. 1. Inst. de curator & l. 2. C de confirm. tutor.* at non testamentarius, sed honorarius, sive dativus est curator *l. pen. in princ. ff. de curatorib. furioso, & c. l. 3. in fin. l. Iure nostro 26. §. fin. l. idem 27. ibi, à Prætore dabitur. ff. de testam. tutel.* Cöpen. *1. obs. 62.*

4 Honoraria Cura est, quam competens Magistratus constituit: Et honorarius curator dicitur, qui à Magistratu competente datur.

Vlpian. *in Inst. d. t. 12. de curator. in princ. facit §. Prætorum quoq;. 7. vers. Hoc autem Ius. Inst. de Iur. Natur. Gent. & Civil. & l. Ius autem. 7. §. 1. ff. de Iustit. & Iur.*

5 In hac Cura duplex inspectio incurrit: una de competente Magistratu, qui hanc Curam constituit: altera de personis, in quas hæc Cura constituitur.

6 Competens ille Magistratus Iure Iustinianeo, Romæ erat Præfectus urbi, qui speciosis & Nobilibus personis puberibus curatores dabat, accito Prætore, & florentissimo Senatu: [a] item Prætor; in provinciis verò Præsides provinciarum, (b) Proconsul, Præfectus Ægypti, legatus Proconsulis, [c] Magistratus municipalis, [d] defensores civitatum, & Iuridicus Alexandriæ, [e] qui tamen Præsidis exspectare jussum tenebantur, si puberis facultates majores essent solidis quingentis: alioqui sine Præsidis jussu dabant curatores, adhibito tamen religiosissimo civitatis Episcopo, aut aliis etiam publicis personis, si harum copiam civitas habebat. [f]

a) *Leg. 1. & 2. C. de Tutorib. vel curator. illustr. vel clariss. personar. & l. ultim. §. sin autem testamentum, C. de curator. fur.* (b) *§ dantur autem, 1. §. sed solent. 3. §. item si testamento, 5. & §. ultim. in fin. Instit. de curator, l. nec mandante 8. §. 1. & §. ultim. ff. de tutorib. & curator datis ab his* (c) *l. 1. ff. de offic. Præsid. junct. l. 1. ff. de tutorib. & curator.* (d) *l. 3. l. ubi adsunt 19. §. 1. ff. d. t.* (e) *l. sancimus. 30. C. de Episcop. audient.* (f) *d. l. sancimus 30. C. d. t.*

7 At novissimo Iure Camera Imperialis curatores dat illustribus & nobilibus personis immediatè Imperio subjectis: Principes item & Comites

Digitized by Google

mites ſpecioſis & nobilibus perſonis ſuæ Iuriſdictioni ſuppoſitis: cæteri verò Magiſtratus cujuſque loci perſonis ſuæ Iuriſdictioni ſubditis.

Reichs-Abſchied zu Augſpurg / *de Anno 1548. Tit.* Von der *Pupillen* vnd Minderjährigen Kindern *Tutorn* vnd Vormündern / *verſ.* Sowöllen Wir. Andr. Gail. *libr. 1. pract. obſervat. 1. num. 47. & libr. 2. obſervat. 96. numer. 6.*

Ex generali verò ubique locorum, præſertim in Germania, con- 8
ſuetudine receptâ, qui pupillorum tutores fuerunt, finitâ pubertate tutelâ, manent in adminiſtratione, & fiunt curatores; ſi tamen ii deponere adminiſtrationem volent, jubentur petere à Magiſtratu competente alios curatores puberibus dari.

Andr. Gail. *d. lib. 2. obſerv. 96. num. 1. & 6.*

Petunt verò à Magiſtratu competente puberibus, aliiſque cura- 9
tores, qui pupillis tutores petunt.

Tot. t. Cod. qui petant tutor. vel curator. Et de his ſuperiori diſputatione de tutelis actum eſt.

Dantur autem curatores tùm puberibus minoribus viginti quin- 10
que annis: (*a*) tùm majoribus, qui negociis ſuis ſupereſſe nequeunt: hi ſunt ſurdi, muti, cæci, fatui, debiles, & perpetuo capti morbo. [*b*]

a) *Inſt. t de curator. in princ.* (b) *§. ſed & mente captis 4. Inſt. d. tit. l. 2. ff. de curator. furioſo & aliis extra minor. dand.*

Sed quæritur, an Magiſtratus competens puberibus etiam invitis 11
dare curatores poſſit? Id quod Iuſtinianeo Iure planè negandum: (*a*) at noviſſimo Iure Carolino puberes etiam inviti curatores accipiunt. (*b*)

a) *§. Item inviti. 2. Inſt. de curator. l. ſi impuberi. 13. §. fin. ff. d. tutor. & curat. dat. l. mutus. 43. §. 3. ff. d. procurat.* Obſtare *videtur. l. 1. §. fin. ff. d. minor.* Sed vide Bachov. *in not. ad Treutler. vol. 2. diſput. 9. theſ. 8. lit. A.* (b) *Vide* in den Reichs-Abſchieden *Conſtitutionem*, Von Ordnung vnnd *Reformation* guter *Policey* / *de Anno 1548. Tit.* Von der *Pupillen* vnd Minderjährigen Kinder Tutorn vnd Vormündern / quâ Conſtitutione planè caſſata eſt regula, quòd inviti adoleſcentes curatores non accipiant, ut rectè quoque ſentiunt Sereniſſimi Principis Reichardi Palatini Conſultores prudentiſſimi, in causâ aſſertæ curæ, & adminiſtrationis Palatinatus Electoralis. Quibus accedit Dd. opinio, qui volunt, quòd Reges & Principes minores etiam inviti curatores habeant. Iohan. Schneidewin. *poſt alios ad §. item inviti. 2. Inſtit. de curatorib.* Hûc quoque confert Germaniæ noſtræ conſuetudo, quæ & ipſa teſtatur, adoleſcentibus etiam invitis curatores dari.

Dantur præterea curatores à Magiſtratu pupillis, qui tamen pro- 12
priè curatores non ſunt, ſed potiùs rerum adminiſtratores: (*a*) ut ſunt

curatores, qui dantur pupillis habentibus quidem tutorem, vel teſtamentarium, vel legitimum, vel honorarium, ſed ad gerendam tutelam ob egeſtatem, vel ſenium haud idoneum. (b)

a) *l. ſolet etiam 13. in pr. ff. de tutel.* proindeque à Modeſtino Iuriſconſulto *in l. non ſolùm 10. §. ſi libertus ff. de excuſat.* curator hic dicitur κηδεμών, quod verbum propriè defenſorem, & procuratorem, non ſimpliciter curatorem ſignificat. (b) *l. pietatis. 6. verſ. quòd ſi, C. de ſuſp. tut. & d l. ſolet 13. in pr. ibi, vel ſenium, ff. de tutel.*

23 Ejuſmodi quoque ſunt curatores, qui dantur pupillis, quorum tutores ad tempus à tutela excuſantur; (a) quales ſunt, qui Reipub. cauſſa abſunt poſt ſuſceptam tutelam. (b)

a) §. 5. *verſ. item loco. Inſt. de curat.* §. *item, qui Reipub. 2. verſ. ſed etſi fuerint junct. verſ. & interea, Inſt. de excuſat. tutor. vel curat. l. omnem 15. & ſeq ff. de tutorib. & curat. datis ab his, &c.*

24 Ejuſmodi quoque ſunt curatores, qui dantur pupillis in locum furioſi tutoris, (a) eo caſu quo furor ille temporalis eſt: Nam in locum perpetuò furioſi alius tutor datur. (b)

a) *l. idem* Vlpianus. *12. in princ. ff. de excuſat.* (b) *l. pen. ff. de tutel.*

25 Eſt item hujus generis curator, qui pupillis datur in locum tutoris ad tempus relegati, (a) vel in locum tutoris, qui minor eſt 25. annis, donec major factus fuerit. (b)

a) *l. tutor 28. §. ultim. ff. de excuſat. tutor. l. quòd ſi forte, 14. §. quid ergò, ff. de ſolut. l. non ſolùm. 10. §. ſi libertus, ff. de excuſat.*

26 Similiter ejuſmodi eſt curator, qui pupillo datur in locum tutoris, qui propter adverſam valetudinem impeditur, quò minùs negocia pupilli adminiſtret: (a) ut & ille, qui conſtituitur in locum ejus tutoris, qui propter latè diffuſum, id eſt, in diverſis locis conſtitutum patrimonium, vel quòd ſolus ob augmentum bonorum, adminiſtrationi non ſufficit. (b)

a) *d. l. ſolet 13. in pr. ff. de tutel.* (b) *d l. 3. & l. ult. C. in quib. cauſ. tutorem vel curator. habenti tutor. vel curat. &c. l. quotiens. 9. §. ult. ff. de admin. & peric. tutor. l. teſtamento. 11. C. de excuſ. tutor.*

27 Denique hujus generis curator eſt, qui abſente tutore pupillo datur ad litem, quam ipſe pupillus cum extraneo habet, (a) vel cum tutore ſuo, qui unicus eſt. (b)

a) *l. curator, 11. & l. curatorem. 25. ff. de tutor. & curat. datis ab his,* Mynſ. *cent. 2. obſervat. 31.* (b) §. *ſi inter tutorem Inſt. de author. tutor. l. qui habet. 3. §. ſi pupillus. 2. ff. de tutel.* Mynſ. *d. obſ. 31.*

28 Prædictis caſibus omnibus, ſi pupillus abſit, aut infans fuerit, decre-

Digitized by Google

creto Magiſtratus actor conſtituitur periculo ipſius tutoris: & quidem is conſtituitur, quem tutor velit, (a) qui actor etiam adjutor dicitur. (b) Sed propriè actor appellatur, qui litium causâ poſtulante tutore Magiſtratus decreto conſtituitur: (c) adjutor verò, qui aliorum negociorum causâ datur. (d)

a) §. *ult. Inſt. de curator. l. decreto 24. ff. de adminiſtr. & peric. tut. l. unic. C. de actore a tutore, ſeu curat. dand.* (b) *d. l. ſolet 13. §. ult. ff. de tutel.* (c) *l. ſine 32. §. ult ff. de adminiſtr. tutor. l. neque 11. C. de procurat. l. tutor 6. ff. quand. ex fact. tutor. l. ſi actor. 11. C. de appellat. l. liberto 31. §. penult. ff. de negoc. geſt.* Actorem non procuratorem tutor ad litem pupilli conſtituit, niſi ipſemet cum adverſario litem ſit conteſtatus. *l. neque tutores 11. C. de procuratorib.* (d) *d. l. ſolet 13. §. ult. ff. de tutel.* Cujac. *in Notis ad Inſt. tit. de curatorib.* Quòd ſi ipſemet pupillus præſens ſit, & fari poſſit, ipſemet ſibi procuratorem tutore auctore conſtituit. *d. l. neque tutores. 11. Cod. de procurator. & l. cùm & minores 4. C. ſi adverſus rem judicat.* 18

Etſi verò pupillo tutorem habenti, non alius tutor, ſed curator detur, (a) certis tamen ex cauſis quandoque etiam habenti tutorem alius tutor datur. (b) 19

a) *l. ventri. 20. §. ult. ff. de tutorib. & curator. datis ab his, &c. & §. interdum verſ. quoniam Inſt. de curator. l. idem ſiet 27. ff. de teſtam. tutel.* (b) *l. pen. ff tutel.* vide Cujac. *in paratit. C. in quibus cauſis tutorem habenti tutor. vel curat. dari pot. & in notis ad Inſt. tit. de curatorib. §. interdum & ad l. non ſolum. 10. l. 11. & l.* Idem Vlpianus. *12. ff. de excuſat. & in paratit. C. de in litem jando tutore vel curat. vide diſput. præced. th. 48.*

Dantur quoque interdum curatores non perſonis, ſed bonis, unde curatores bonorum appellantur. Qualis curator eſt, qui datur bonis defuncti, antequam ei ſucceſſor aliquis, ſive heres exiſtit. [a] Et qui datur ventris nomine; [b] tùm etiam bonis ejus, qui captus eſt ab hoſtibus, & ſperatur reverſurus: [c] ut & qui datur bonis debitoris, qui in ea cauſa eſt, ut bona ipſius venire debeant; veluti ſi latitet, nec defendatur à quoquam. [d] Verùm hos curatores aliis per omnia ſimiles haud eſſe conſtat. [e] 20

a) *l. 1. in fin. ff. de munerib. & honorib. l. 1. ff. de curat. bon. dand. l. ſi quis inſtituatur 23. § 1. & ultim ff. de hered. inſt.* (b) *l. bonorum 8. ff. de curat. furioſo, &c. l. ventri 20. ff de tutorib. & curator. datis ab his l. inter 48. ff. de adminiſtr. tut.* (c) *d. l. 1. circa finem ff. de munerib. & honorib.* (d) *l. item 21. §. hæc autem ff ex quibus cauſ. major. l. 2. ff. de curat. bon. dand.* (e) *d. l. inter bonorum 48. ff. de admin. & peric. tutor.*

Sequitur legitima cura, quæ eſt, quam Lex agnatis cognatiſque idoneis 21

adoneis defert in furiosos, & prodigos, majores 25. annis, ad eos curandos, & bona ipsorum administranda.

§. *furiosi quoque, Instit. de curat. l. 1. l. furiosæ. 4. l. consilio. 7. l. Iulianus 10. & ll. seqq. ff. de curator furioso, &c. & tot. tit. Cod. de curator. furiosi vel prodigi.* Dico autem MAIORES VIGINTI QUINQUE ANNIS, quòd minores 25. Annis furiosi, & prodigi, tanquam adolescentes, à Magistratu curatores accipiunt *dict. leg. 3. §. 1. ff. de tutel.* Prodigus est, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed sua dissipando & dilacerando profundit *l. 1. ff. de curatorib. furioso.* Ab Imp. Constantino dicitur libidinum omnium, vitiorumque servus. *l. ultim. §. servus. C. de sentent. pass.* Gajus Iurisconsultus *libr. 1. Inst. tit. ult.* vocat eum eversorem.

22 Agnatis Lex 12. tab. hanc curam in agnatos, furiosos, & prodigos defert: (a) Cognatis verò partim Lex Anastasiana, quâ fratribus emancipatis hanc curam committit, (b) partim Lex Iustinianea, quę generaliter omnibus cognatis hanc curam defert. (c)

a) *d. §. furiosi, 8. Inst. de curator. & d. l. 1. l. sæpe 13. ff. de curator. furioso, &c.* (b) *l. ne lucrum, 5. C. de curatore furiosi vel prodigi.* (c) *Novell. 118. c. 4. & 5.*

23 Quòd si agnati & cognati habiles & idonei non fuerint: tùm competens Magistratus extraneos curatores furiosis & prodigis constituit.

d. l. sæpe, 13. ff. de curat. furioso, & l. ult. §. sin autem testamentum, C. de curatore furiosi.

24 Vnde haud probari potest Cujacii, Wesenbecii, [a] Donelli, [b] & quorundam aliorum opinio, quâ volùnt, hodie solum Magistratum indistinctè curatores furiosis & prodigis dare.

a) *ad § furiosi. 3. vers. sed solent, Inst. de curator.* (b) *ad l. is cui bonis. 6. n. 10. ff. de Verb. Oblig.*

25 Si quoq; parens testamento suo curatores constituerit filio suo furioso, aut prodigo, eos Magistratus confirmare jubetur: qui & ipsi inde erunt honorarii curatores.

l. pen. in pr. ff. de curatoribus furioso, &c. l. ult. §. & siquidem parens. C. de curatore furiosi vel prodigi.

26 Sed cum prodigo bonis interdicatur, [a] anceps quæstio est, an ipso Iure, vel per Magistratum hæc interdictio fiat? Nos ipso Iure ei bonis interdici affirmamus, si notoriè & manifestè prodigus sit. [b] Alioqui si dubium fuerit, an revera prodigus sit, Magistratus inquirere in ejus potest mores, & si talem ipsum invenerit, bonorum administratione illi interdicere. [c]

a) *l. is*

Digitized by Google

a) *l. is cui, 18. ff. qui teſtament. fac. poſſ. l. is cui bonis 6. ff. de verb. oblig. l. furioſi, ff. de Reg. Iur.* (b) *d. l. is cui, ff. de verb. oblig. l. mutuum, 5. §. 1. ff. de adquir. vel amit. hered.* (c) *l. Iulianus, 10. in pr. & l. pen. §. 1. ff. de curator. furioſo*, Iul. Paul. *lib. 3 ſentent. tit. 4. de teſtamentis, §. moribus.* Atque hanc diſtinctionem inter prodigos Iuri conſonam cognoſcit quoque Donell. *ad d. l. 6. ff. de verb. oblig. eamq;* ſequitur Ius Würtembergicum, Landtrecht / *part. 2. Tit.* Von den vnnützen Haußhältern / *pag. 249. §.* Wann einer das Vermögen *part. 2. tit.* von *prodigis. f. 319.* vide Gædd. *de contrah. & committ ſtipulat. c. 7. concluſ 10. num. 141. & ſeqq.* Borcholt. *de Verb. Oblig. c. 3. num 56.* Forſter. *d. pact c. 5. p. m. 130.* Dn. D. Beſold. *d. mutuo. c. 19. & de tutel. & cura c. 16. num. 1. Me in tract. d. inveſtit. feud. c. 3. num. 36.* Fachin. *lib. 1. controv. 63.*

Atque ita hactenus de prima inſpectione, quæ circa curationem in- 27
currit. Quod attinet excuſationem curatoris, & curæ adminiſtrationem, atq; curatoris ſuſpecti poſtulationem, itemq; modos finiendæ curæ: cùm eadem ferè in hiſce ratio ſit curatorum, (a) quæ tutorum: repetenda hîc erunt, quæ dicta ſunt de his omnibus diſputatione proxima.

a) *uti arguit tit. Inſtit. de excuſat. tutor. vel curat. tit. ff. de adminiſtratione & peric. tutor vel curat. tit. ff. de authoritate & conſenſ. tutor. & curat. tit. ff. & Inſt. de ſuſpect. tutor. & curat.*

Quod autem authoritas eſt in tutore, id conſenſus eſt in curatore; 28
hic puberi, cujus curam gerit, præſtare conſenſum, ille pupillo ſuo authoritatem præſtare dicitur.

l. 2. C. qui legit. perſon. ſtand. in judic. hab junct. Rubric. ff. & C. de authoritate & conſenſ. tut. vel curat. l. cùm quædam, 26. in pr. ibi, authoritatem ſuam, vel conſenſum, C. de adminiſtr. tutor, §. *ſui autem heredes ſiunt, ibi, tutoris authoritate, item ibi, curatoris aſſenſu, Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.*

Sed quæritur, an adoleſcens abſque curatoris ſui conſenſu heredi- 29
tatem adire poſſit, nec ne? Et licet Cujac. id affirmet, (a) nos tamen negare illud juris authoritas jubet. (b)

a) *in l. puberes, 101. ff. de verb. oblig. per l. curatorem, 19. ff. de auth. tutor & l. cum in una 17. §. 1 ff de appel.* (b) *l. cũ quædam 26 C. de admin. tutor. & curat* Franc. de Caldas *in comm. in l 3. C. de in integr. reſtit. minor in verb. Hunc contractum, n. 2.* & Iohan. Robert. Aurel. *lib. 1 animadv. Iur. c. 12.*

Quòd ſi enim adoleſcens abſque curatoris ſui conſenſu contrahat 30
cum aliquo, non obligatur efficaciter ex eo contractu, (a) niſi factus ſit locupletior. (b)

a) *l. 3. C. de in integr. reſtit. minor. ſed vide* Duaren. Cujac. & Donell.

nell. *ad d. l. puberes, 101. ff. de verb. oblig. eundem* Cujac. *lib. 19. observ. c. 33.* Donell. *lib. 12. commentar. c. 22.* & Robertum *lib. 12.* (b) *l. pupillus, 5. in pr. vers. naturaliter tamen. ff. de author. & consens. tutor & curator & l. 3. in pr. ff. commodati. videinfr. disput. seq. thes. 25. & class. 2. disput. 7. thes 19.*

31 Potest tamen adolescens, & citra curatoris sui consensum nuptias contrahere, [a] ut & jusjurandum, quod pro solutione est, alicui deferre: [b] item stipulanti quid promittere, [c] & hereditatem restituere: [d]

a] *l. sciendum, 20. ff. de rit. nuptiar.* [b] *l. nam posteaquam, 9. §. si minor. ff de Iurejur.* Cujac. *ad d. l. puberes, 101. ff. de verb. oblig.* [c] *d. l. puberes, 101. ff. d. t.* [d] *l. 1. ff. ad Senatusconsultum Trebell. vide class. 2. disp. 14. lit. A. & disp. 15. th. 10.*

32 Etsi verò etiam modi finiendæ curæ iidem ferè sint, qui tutelæ finiendæ: attamen cura duos habet proprios modos, quibus ea desinit. Primus est legitima sive perfecta ætas in adolescente, & restituta sanitas animi vel corporis. Adolescens enim utriusque sexus, quando vigesimum quintum ætatis annum complevit, expirat cura. [a] Quandò item furiosus, aut mente captus, mentis sanitatem, prodigus sanos mores: item mutus, surdus, cæcus, loquelam, auditum, aut visum recepit desinit esse in cura. [b]

a] *tit. de curat. in pr. l. 1. in fin. l. denique 3. §. minorem. 3. ff. de minorib.* [b] *l. 1. in pr. vers. & tamdiu. ff. de curator. furioso, &c.*

CLAS-

Digitized by Google

CLASS. II.

DISPUTATIO. I.

DE OBLIGATIONIBUS, & pollicitatione.

THESIS I.

DE adquisitione & amissione status personarum egimus hactenus: sequitur de adquisitione, & amissione obligationis.

Obligatio est jus [a] in persona, [b] quo ipsa alteri ad solvendum sive præstandum quidpiam adstricta. [c]

a] § *Incorporales autem, Inst. de reb. corpor. & incorp. l. 1. §. quædam, ff. de rerum divis.* [b] *l. 1. §. sed aut sibi, quinq; obligatur, l. 2. in fin. ibi, alter alteri obligatur. l. obligationum. 3. in pr. ibi, alium nobis obstringat. l. actionem. 25. in pr. vers. in personam, ff. de obligat. & action. §. omnium autem. 4. versic. namque agit. Inst. de act.* (c) §. *1. Instit. tit. de obligat. & dict. l. 3. in princ. ff. d. tit.*

Qui autem ejusmodi Iuris vinculo (*a*) alium obstrictum habet, Creditor appellatur; Et qui tali vinculo tenetur, Debitor propriè vocatur. (*b*)

a) Obligatio dicitur juris vinculum. *in §. 1. Instit. de obligat. & in l. Stichum, 95. § naturalis, ff. de solut. & in l. unica in fin. C. si servus extero se emi mand.* (b) *l. creditores, 10 l. 11. l. 12. ff. de verb. signif.* Dico propriè ad differentiam ejus, qui jus aliquod in re habet, cujus nomine rem ipsam vindicare potest. Nam & hic largo modo creditor, & illi res deberi dicitur, §. *1. ibi, quod sibi debetur, & ibi* Donell. *num. 10. Instit. de action.* At hoc fit impropriè, argumento *l. scribit. 34. ff. de aur. & argent. legat.* Alioquin sanè creditores nonnulli sunt, qui licèt obligatum aliquem sibi

bi habeant, nihilominus abusivè creditores dicuntur, quales sunt, quibus ex merè naturali obligatione quid debetur. *l. fidejussor. 16. §. naturales, versic. nam licet, ff. de fidejussoribus, d. l. creditores, 10. §. quod si natura, ff. de verb. signif.* Item qui submoveri aliqua exceptione possunt, *l. is cui. 42. §. 1. ff. de obligat. & action.* quibus similiter res deberi dicitur, *l. si quod dominus, 64. ff. de condict. indeb. l. 1. §. ult. & l. item illa. 18. §. quod adjicitur. 1. ff. de constit. pecun.*

3 Atque idipsum, quod vi obligationis solvendum & præstandum est, debitum & deberi propriè dicitur; (a) id quod in dando vel faciendo consistit. (b)

a) *l. 1. §. debitum & §. seq ff. de constit. pecun. & d. l creditores. 10. l. creditorum. 11. & l. ut si cui. 12. ff. de verb. signif.* (b) *d. l 3. in pr. & l. actionum, 25. in princ. ff. de obligat & act. §. omnium versic. namque, ibi, dare aut facere, Instit. de action. l. 2. In princ. ff. de verb. obligat. & l. sapè, 53. §. cùm dicimus, ff. de verb. signif.*

4 In dando consistit debitum, si debitor rem creditoris facere, id est, rei debitæ dominium in ipsum transferre tenetur.

l. Vbi autem, 75. §. ult. l. si rem tradi 28. ff. de verb. obligat. l. non videntur data, 167. ff. de Reg. Iur. §. sic itaque discretis, 14. Instit. de action. l. ex empto, 11. §. 2 ff. de action. empt. & vend. l. 1. in princ. ff. de rerum permutat. Dare tamen quandoque est tradere *l. sequitur. 4. in princ. ff de usucap.* Vide *infr. Class. h. disp. 7. thes. 6. lit. H. & disput. 13. thes. 4. lit. B.*

5 In faciendo consistit debitum, si obligatus sit debitor ad factum, quo dominium in creditorem transferre non cogitur. (a) Atque ejusmodi factum vel rei traditio est, (b) vel operæ præstatio. (c)

a) Cùm enim dare & facere opponantur in jure nostro. Et dare sit propriè dominium transferre per allegata ad thesin præcedentem, sequitur inde factum propriè esse, quo non transfertur dominium; id quod vult etiam Donellus *ad dict. l. 2. num. 6. ff. de verb. oblig. Et ibidem etiam* Cujac. *mihi. pag. 513. & seq.* (b) *l. ex empto, 11. §. & imprimis, ff. de act. empt. & vend. & §. alia autem donationes, versic. & ad exemplum, ibi, in se habere necessitatem traditionis, Instit. de Donat.* (c) *l. in operis. 26. l. qui operas, 38. ff. locati l. si quis ab alio, 13. in princ. & fin. ff. de Re Iudic.*

6 Traditio autem rei, ad quam quis obligatus est, aut est rei, (a) quæ jam antè est in bonis creditoris, ut quam creditor debitori, vel locavit, vel commodavit, vel precariò dedit, vel pignori ei obligavit, vel apud eum deposuit, ita ut hic illi tantùm restituere eam teneatur: (b) Aut est rei debitæ, quæ jam ante in creditoris bonis non est, debitor verò eam ita tradere creditori tenetur, ut fiat in ejus bonis: quomodo venditor mercem emptori tradere cogitur, (c) item stipulatori promissor rem, quam

Digitized by Google

quam traditurum se ei spopondit. (d) Aut denique est rei, quam utendam aut fruendam præstare creditori obligatus est: ad cujusmodi traditionem tenetur locator rei conductori & Emphyteutæ dominus rei Emphyteuticæ. (f).

a) *l. Bonorum appellatio. 19. §. in bonis autem*, ubi Gœddæus, *ff. de verb. significat. l. 1. in princ. versic. quod autem divini juris, ff. de divis rerum.* (b) Quod ejusmodi aliquis debitor ad restitutionem rei, si ejus restituendæ facultatem habeat, teneatur, extra controversiam puto. (c) *est text. in l. 3. in princ. l. ex empto, 11. §. Et inprimis, ff. de act. empt. & vend.* (d) *l. si rem tradi. 28. & l. in conventionibus. 52. in fin. ubi vide* Donell. *ff. de verborum obligat.* (e) *l. ex conducto. 16. §. 1. & l. si in lege, 24. §. colonus, ff. locati.* (f) *§. adeò autem, 3. ibi, fruenda traduntur, Instit. de locat. & conduct.*

Sed an debitor, qui ad certæ rei traditionem obligatus est, præcisè 7
cogi possit ad rem tradendam, si ejus tradendæ facultatem habeat, an verò præstando interesse liberetur, controversæ quæstionis est? Et quod cogi possit, ut rem tradat debitor, si rem ipsam creditor expetat, potiùs, quàm id, quod interest arbitramur.

§ Aliæ autem donationes. 2. versic. & ad exemplum, Instit. de Donat. §. si id, quòd emptum est, ubi Cujac. *tit. 13. lib. 1. sent.* Iulii Pauli, *l. exempto, 11. §. in primis, ibi, ipsam rem præstare oportet, l. si ea res, 31. in princ. ibi, præstare debebam, ff. de act. empt. §. pretium autem, versic. sed nostra, ibi, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur, Instit. de empt. & vend. Et facit d. l. ubi autem non apparet. 75. §. ult. ff. de verb. obligat. l. non est probabilis 6. C. de rescind. vend. l. venditi. 6. in princ. C. de action empt. vendit. tit. 7. de novæ formæ fidelit. in fine. Et tit. 26. si de feud. def. content. sit inter dominum & agnatum* Vasalli, *§. si facta de feudo, lib. 2. feud.* Facit huc quod grave est, fidem fallere. *l. 1. ff. de pact. & l. 1. ff. de constit. pec.* Et quod non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l. non debet, ff. de R. Iur.* quodque nulli suus dolus patrocinari debet, *l. verum est. 64. §. hoc quoque facere, ff. pro socio l. dolus, 44. ff. mandat. l. 3. illud, ff. de calum.* Et quod aliud pro alio invito creditori solvi non debet *l. 2 ff. de reb. cred.* Atque ita post Martinum aliosque veteres interpretes *in l. 1. de act. empt.* Bart. *in l. certi condictio, 9. num. 21. ff. de reb. cred.* Et *in l. stipulat. non dividuntur, 72. n. 39. ff. de verb. oblig.* Abbas *num. 16.* Felin. *num. 34. in c. cum Ioannes. extra de fide instrum.* Iaf. *in §. action. num. 147. Instit. de action.* Sentit idem etiam Arius Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis parte, 3. num. 25.* Vbi multorum authoritates in hanc conclusionem allegat. Item Fabianus de Monte *in tract. de empt. & vendit. quæstion. 6. num. 38. & seq.* Dua-

Digitized by Google

renus *ad tit. Cod de action. empt. & vend.* Coraſ. *libr. 2. Miſcell. cap. 3.* & Cujac. *in d. l. 72. ff. de verb. oblig & lib. 1. feud. tit. 1. § ſi verò Archiepiſcopus. Vide inſt. hac Claſs. diſput. 3. theſ. 69.*

Sed contrariam ſuadere ſententiam videtur *l 1. in princ. & l. ex empto, 11 §. idem ait non tradentem, 9. ff. de action. empt & vend. & l. 4. ibi, procacia venditoris. C. d. tit. & l. contractus 17. C. de fide Inſtrum. l. qui tibi, 6. C. de hæredit. vel action. vendit. quam etiam amplectitur.* Covarruv. *lib. 2. variar. reſolut. cap. 19. num. 1.* Alciat. *in l. unica. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt. cap. 7. n. 24. & 30.* Donellus, *lib. 15. Comment. cap. 3. pag. 384 linea 41. & ſeq.* Weſenbec. *conſil. 42. num. 100. part. 1.* Iohan. Vaudus *lib. 1. variar. quæſt. quæſt. 9. vide etiam* Mynſing. *cent. 1. obſerv. 53.*

8 Non omnis tamen res in dandi vel tradendi obligationem venit, veluti res ſacra, religioſa, & quæ populi uſibus expoſita eſt; Item liber homo, & res, quæ extra creditoris commercium eſt, vel ipſius eſt propria, ut & ea, quæ in rerum natura haud exſtare conſtat.

§. 1. Inſtit. de inutil. ſtipulat. l. inter, 83. §. ſacram, ff. de verb. obligat. l. & liberi. 4. l. 5. quia. l. 6. ſed Celſus. in princip. ff. de contrah. empt. & vendit.

9 Cæterùm operæ præſtationem in obligatione eſſe dicimus, ſi debitor obligatus ſit, vel Inſulam fabricare, aut fulcire, vel foſſam fodere, *(a)* vel quærere ſervum fugitivum & reducere. *(b)*

a) *l. Stipulationes non dividuntur. 72. in princ. in verſ. Idem puto. ff. de verb. obligat.* (b) *l. ſi apud te. 20. ff. de præſcript. verb.*

10 Sed illicita & turpis opera in obligationem non deducitur, veluti, ut homicidium, ſacrilegum, lenocinium, furtum, injuriam facias vel non facias, &c.

l. Generaliter. 26. ubi Cujac. & Donell. *& l. ſi flagitii. 123. ff. de verb. obligat. l. Iuris gentium, 7. §. ſi ob maleficium, 3. l. ſi unus, 27. §. pacta, quæ turpem cauſam continent, ff. de pactis l. pacta, 6. C. de pactis, l. Mercalem. 5. & ſeq. C. de condict. ob turp. cauſ.*

11 Qui autem operam debet, non præcisè ad operæ præſtationem cogitur, ſed præſtando intereſſe liberare ſe poteſt.

l. Si pœnam, 68. l. ſtipulationes. 72. & l. ſi inſulam. 84. ff. de verb oblig. l. ſi quis ab alio. 13. in fin. ff. de Re jud. §. non ſolum res, Inſt. de verb. obligat. Vide Donell. *lib. 15. Commentar. cap. 3. pag. 384. verſic. multa contra confarcinatur, & in l. ſtipulationes non dividuntur. 72. in pr. verſic. Celſus, ff. de verb. oblig.* Diſſentit Iohan. Coraſ. *lib. 2.* Miſcell. *c. 3. n. 4.* Anthon. Gomez. *Tom. 2. cap. 10. de Divid. num. 22. noſtram ſententiam, quæ communis eſt, pro regula ponit, ſed ejus exceptiones ultò admittit.*

12 Porrò duplex obligationis affectio eſt, conſtitutio *(a)* illius, & diſſolutio ejuſdem. *(b)*

a) *l. 5. §. 1.*

a) *l. 3. §. 1. ibi, ut obligatio constituatur, ff. de obligat. & action.* (b) *Instit. quibus mod. tollit. oblig.*

Constitutio obligationis est, à qua ipsa obligatio existit, ut est tum 13
jus, tum modus, quo obligatio introducitur.

Ius quo obligatio introducitur, vel est mera naturalis æquitas, vel 14
jus civile; unde obligatio alia naturalis, alia civilis.

§. 1. Verſic. at nec. Inst. de fidejussor. l. fidejussor, 16. §. fidejussor, ff. d. t. l. 1. in princ. & §. 1. ff. de Novat. l. ex diverso, §. 1. debitum autem vel natura, ff. solut. matrim. Duaren. *in l. 1. §. adeò autem, ff. de pact.* Æquitas alia naturalis, alia civilis. *l. 1. §. 1. ff. si is, qui test. lib. esse juss. est l. bona fides, ff. depositi*, unde mera naturalis æquitas.

Naturalis obligatio est, quæ mera naturali æquitate subnixa, ad 15
actionem inefficax est.

l. Stichum, 95. §. naturalis, & l. in his verò 5. §. Imp. Antonin. 2. ff. de solut. juncta, l. Iurisgentium, 7. §. quin imò, ff. de pactis.

Atque hæc obligatio vel est dati beneficii, vel pietatis, vel pro- 16
missionis.

Naturalis obligatio dati beneficii est, qua quis ob beneficium ac- 17
ceptum, danti beneficium ad referendam gratiam obstrictus est; eaque vel simpliciter ad remunerandum duntaxat pertinet; vel specialiter ad operas officiales præstandas.

Simpliciter ad remunerandum naturaliter obligatus est, in quem 18
simplex aliqua est donatio facta: *(a)* verùm hæc naturalis obligatio nullos civiles habet effectus. *(b)*

a) *l. Sed etsi lege 25. §. consuluit, ff. de petit. heredit. l. si pignore, 54. §. 1. ff. de furt. l. idemque 10. §. ult & l. si verò 12 in pr. ff. mandat.* (b) ut eleganter ostendit Donell. *lib. 12. Comment. cap. 2. pag. 8. versic. quæsitum est.* Vide allegatos ab Hackelmanno *illustr. quæst. disp. 10. thes. 8.*

Specialiter ad operas officiales obligatus est tantùm naturaliter pa- 19
trono libertus, qui neque jurejurando, neque stipulatione tempore manumissionis ejusmodi operas manumissori promisit.

l. Si non sortem, 26 §. libertus, ff de condict. indeb. De operis officialib. Vide Donell. *lib. 2. Commentar. cap. 18.*

Naturalis obligatio pietatis est, quâ liberi parentibus, & hi illis na- 20
turaliter alimenta debent, *(a)* qua parens filiæ, quam in sua potestate constitutam non habet, dotem dare tenetur. *(b)*

a) *l. 5. per tot. ff. de agnoscend. & alend. liber. & parentib. & l. pen. & ult. C. eod.* Vide Coler. *de aliment.* (b) *l. cùm is 32. §. mulier, ff. de condict. Indebit.* Donell. *lib. 12. Commentar. cap. 2. pag. 8. in princ.*

21 Naturalis obligatio promissionis est, quam producit vel pollicitatio, aut pactum jurisgentium, vel sola conditio personæ promittentis, vel denique conditio & personæ promittentis, & illius, cui fit promissio.

22 Nuda enim pollicitatio jurisgent. naturalem tantùm non civilem producit obligationem.

§. ex nuda pollicitat. tit. 12. de Iure fisci, & populi lib. 5. sentent. Iulii Pauli & l. ult. ff. qui testam. fac. pos.

23 Similiter naturalem tantùm non civilem parit obligationem pactum nudum Iurisgentium.

l. in his verò. 5. §. Imperat. Anton. 2. ff. de solut. l. Iurisgent. 7. §. sed cùm nulla, ff. de pact. Donell. *lib. 12. comment. cap. 2. pag. 7.* ubi refutat Baronem & Connanum, *qui negant ex pacto naturalem proficisci obligationem.*

24 Sola conditio personæ promittentis naturalem tantùm non civilem producit obligationem, si pupillus major infante, sed infantiæ proximus sine tutore suo quid promittat alicui, & ex ipso negotio locupletior fiat, (*a*) vel pupillus pubertati proximus promittat quidpiam alicui sine tutore suo, & non fiat ex negotio locupletior. (*b*)

a) *l. naturaliter, 13. in fin. & l. seq. ff. de condict. Indeb. l. jure naturæ. 206. ff. de Reg. Iur. l. planè 38. ff. de petit. heredit.* Quòd si pupillus infante major, proximus tamen infantiæ, non sit factus locupletior ex negotio, quod sine tutore suo contraxit, ne quidem naturaliter obligatur, *l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indeb. l. pupillus 59. ff. de obligat. & action. Atque hanc sententiam publicè defendi etiam in hac illustri Academia Anno, &c. 84. die 29. August.* At dissentit Donellus *in l. si pupillus 122. ff. de verb. obligat.* pupillus infans, quia nullum intellectum habet, se promittendo planè non obligat, *§. pupillus, versic. nam infans, Instit. de inutil. stipulat.* Vnde leges, quæ pupillum sine tutoris authoritate contrahentem, ne quidem naturaliter obligari volunt, à pletisque ad pupillum infantem malè referuntur, ut est *l. quod pupillus, 41. ff. de condict. indeb. l. pupillus, 59. ff. de obligat. & act.* Hæ leges simpliciter de pupillo loquuntur, at non omnis pupillus est infans. Et quoties Iureconsulti dicere volunt de eo, quod infantis proprium est, infantem exprimunt, & ad hunc nominatim conferunt orationem. *l. coram. 209. & ult. ff. de verb. signif. cum similib.* Deinde una lex de stipulatione loquitur, altera de mutuo. At stipulatio non cadit in infantem. *l. 1. in princ. ff. de verb. obligat.* nec quisquam adeò stultus est, qui soli infanti pecuniam mutuam det, ut hæc quæstio indigna esset specialibus Iurisconsultorum responsis, an verò infans obligetur promittendo, vel mutuum sumendo.

De-

Digitized by Google

Denique pupillus infans ne quidem tutore authore obligatur §. *pupillus. Inſt de inutil. ſtipulat. l. in negotiis. 8. ff. de Reg. Iur.* Fruſtrà igitur quæritur, an ſine tutore obligetur. *Atque ita ſentit etiam* Donellus *in d. l. ſi pupillus, 127. ff. de verb. obligat.* (b) *l. cùm illud. 25. §. 1. ff. Quando dies legat. l. ſi pupillus 127. ff. de verb. obligat. l. Stichum 95. §. aditio, ff. de ſolut. l. 1. in fin. ff. de Novat.* Conſentit Donellus. *in dict. leg. ſi pupillus 127. ff. de verb. obligat. & lib. 12. comment. cap. 22. pag. 84. in princ.* Reclamat Cujacius *in d. l. ſi pupillus, 127. ff. de verb. obligat. vide infr. th. 35. & diſp. 7. th. 18. & diſp. 15. th. 9.*

Pubes quoque minor ſine curatore ſuo contrahens naturaliter 25
tantùm, non civiliter obligatur, ſi ex ipſo contractu locupletior factus non ſit: (*a*) niſi ſtipulando quid alicui promiſerit. (*b*)

a) *argument. l. ſi curatorem. 3. C. de in integr. reſtitut. min.* (b) *l. puberes. 101. & l. ult. §. pupillus verſic. quod autem, ff. de verb. obligat. Ratio differentiæ poſita eſt a Iulio Paulo lib. 5. recept. ſentent. tit. 1. in prine.* Sed vide de hac difficultate Duar. Cujac. & Donell. *in d. l. puberes 101 ff. de verb. obligat.* Cujac. *lib. 19. obſerv c. 33.* Donell. *lib. 12. commentar. c. 22. pag. 84. verſic. adoleſcentum puberum.* & Robertum *lib. 1. animadverſ. c. 12. vide ſupr. diſput. præcedent. th. 29. & 30. & infra diſp. 14. th. 9. lit. A. & diſp. 15. th. 10.*

Conditio utriuſque perſonæ contrahentis facit ut naturalis tan- 26
tùm non civilis obligatio conſtituatur, ſi vel pater & filiusfam. (*a*) vel fratres in ejuſdem patris poteſtate conſtituti, (*b*) vel dominus, & ſervus, (*c*) invicem contrahant.

a) §. *hiqui 12. Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſc. l. in nulla, 4. ff. de Iud. l frater à fratre, 38. §. contrà, ſi pater, ff. de condict. indeb. ad quam l.* vide Cujac. Mecer. Hotoman. & Coraſium. (b) *d. l. frater à fratre, 38. in princ. ff. dict. tit.* (c) *d. §. hiqui. Inſtit. de obligat. quæ ex delictis naſc. l. naturaliter, 13. l ſi quod, 64. ff. de condict. indeb. vide infr. dict. diſput. 15. th. 11. lit. B.*

Eadem eſt conditio ſervi, qui licet cum extraneo contrahat, atque 27
illi quid promittat, attamen naturaliter tantùm obligatur.

l. ſervi, 14. ff. de obligat. & action. l. ſervus. 6. C. de Iudic.

Etſi verò naturalis obligatio non proficiat ad actionem, habet ta- 28
men alios effectus civiles. Prodeſt enim ad compenſandum, (*a*) & conſtituendum, (*b*) fidejuſſor quoque ad eam accedere poteſt, (*c*) & ejus nomine pignora perſeverare jubentur, (*d*) impedit item ſoluti repetitionem. (*e*)

a) *l. etiam. 6. ff. de compenſat.* (b) *l. 1. §. debitum, ff. de conſtit. pecun.* (c) *§. 1. Inſtit. de fidejuſſ. l. fidejuſſor, 16. §. fidejuſſ. ff. d. t.* (d) *l. 5. &*

l. quæ-

l. quæsitum, 14. ff. de pignor. (e) *l. naturaliter, 13. l. si pœna in princ. 18. l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indeb. l. naturales 10. ff. de obligat. & action. l. fidejussor, 16. §. naturalis, ff. de fidejuss.*

29 Sequitur de civili obligatione. Civilis obligatio est, quæ authoritate Iuris civilis subnixa, ad actionem etiam efficax est. Eáque tum civilis est, vel honoraria: (a) tum civilis tantùm, vel naturalis civilis. (b)

a) *§. omnium autem. 1. Inst. de oblig. & §. non autem. 1. Instit. de perpet. & tempor. act. l. 1. §. ult. §. de constit. pecun.* (b) hæc distributio civilis obligationis arguitur ex eo, quod obligatio civilis sola per se tolli potest, manente naturali *l. Iulianus. 60. ff. de cond. indeb.* quodque naturalis potest tolli manente sola civili. *l. Stichus 95. §. naturalis obligatio, ff. de solut. §. præterea, Inst. de exceptionibus, l 3. §. 1. ff. de constit. pecun.* Vnde obligatio civilis alia civilis tantùm, alia civilis naturalis, quod etiam Cujacius sentit *in d. l. si pupillus, 27. ff. de verb. obligat.* & Donellus *lib. 12. commentar. c. 3. & c. 4.* Vt autem civilis naturalis ad actionem efficax est, *§. 1. Inst. de oblig. juncta l. debitor, 108. ff. de verb. signif.* Sic etiam ad actionem efficax est obligatio civilis tantùm, licèt ea actio per exceptionem tollatur. *d. §. præterea, Inst. de except. & d. l. 3. ff. de constit. pecun. l. nihil interest. 113. ff. de Reg. Iur.*

30 Civilis obligatio dicitur, quæ juris civilis, id est, legis, constitutionis, Plebisciti, Senatusconsulti, vel consuetudinis authoritate suffulta est.

d. §. omnium autem, Inst. de oblig. §. non autem omnes. Inst. de perpet. & tempor. action. l. 1. §. ult. ff. de constitut. pecun. l. legitima, 6. ff. de pactis.

31 Estque duplex: aut enim Iure civili constituta est, aut vero Gentium Iure efficaciter constituta, sed Iure civili saltem comprobata est. (a) Prioris generis obligatio civilis est verborum obligatio ex stipulatione: (b) Item literarum obligatio ex chyrographo: (c) ut & obligatio Iure quidem Gentium incapax; sed Iure civili ad actionem confirmata; (d) qualis est obligatio ex donatione nudo pacto facta; (e) & obligatio ex dotali pacto vel pollicitatione. (f) Posterioris generis est obligatio ex contractu Iuris Gentium: (g) quæ in libris nostri Iuris etjam naturalis appellatur obligatio. (h)

a) *§. omnium autem. versic. civiles sunt, ibi, quæ aut legibus constitutæ, aut certè Iure civili comprobatæ sunt*, ubi Cujac. & Wesenbec. *Instit. de obligat. & l. ex hoc jure gent. 5. in fine ff. de Iustit. & Iure.* (b) *§. de constituta, 9. Instit. de action.* (c) *Inst. tit. de liter. obligat.* (d) *d. legitima 6. ff. de pactis.* (e) *l. si quis argentum. 35. Cod. de donat. §. aliæ autem donat. Inst.*

Digitized by

alia autem donationes, Inſtit. de donat. (f) *tot. tit. C. de dotis promiſſ. & nud. pollicit.* (g) *d. l. 5. ff. de Iuſtit. & Iure l. 5. in princ. ibi, aut Iuriſgentium & l. Iuriſgent. 7. in princ. & §. 1. ff. de pactis,* (h) *l. naturales. 10. ff. de obligat. & action. l. ſi ſtipulatus fuero. 126. §. Chryſogon. verſ. ſupereſt, ibi, receſſum à naturali obligatione. ff. de verb. oblig. & l. fidejuſſor 16. §. naturales ff. de fidejuſſor.*

Honoraria obligatio eſt, quæ Magiſtratus, puta Prætoris vel Ædilis 32
authoritatem obtinet: unde vel prætoria eſt, vel ædilitia.

§. *Prætorum quoque. Inſt. de Iure nat. gent. & civil. l. qui contra. 11. ff. de fidejuſſorib. l. 1. §. ult. ff. de conſtit. pecun. §. prætoriæ ſunt, & §. ſeqq. Inſtit. de diviſ. ſtipulat.* Prætoria obligatio eſt obligatio hypothecæ, *l. ſi tibi decem. 17. §. de pignore ff. de pact. l. major annis C. de pignor. junctæ l. 4. ff. d. t.* Item obligatio ex conſtituto, §. *in perſonam Inſtit. de action.* ex furto manifeſto. §. *1. Inſtit. de perpetuis & temp. action.* Ex rapina, *Inſtit. tit. de vi bon. rap. in pr. ibi, Prætor introducit:* Ædilitia obligatio eſt, quæ actionem redhibitoriam & æſtimatoriam parit. *tot. tit ff. de AEdilit. edict.*

Obligatio civilis tantùm eſt, quæ quidem ad actionem eſt efficax, 33
ſed ad eam, quæ exceptione poſita infirmatur: (a) qualis eſt obligatio per ſe efficax, ſed quæ pacto convento, ne pecunia peteretur, (quo pacto tollitur naturalis obligatio) (b) infirmata eſt: item obligatio, quâ mulier ex interceſſione ſua tenetur, (c) cujuſmodi obligatio civilis, neque indebiti ſoluti repetitionem impedit, (d) neque ad conſtituendum proficit. (e)

a) *l. nihil intereſt. 112. ff. de Reg. Iur.* (b) *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. naturalis obligatio ff. de ſolut. §. præterea Inſtit. de except.* (c) *l. qui exceptionem. 40. ff. de condict. indeb.* ex qua lege convincitur Senatuſconſultum Vellejanum tollere naturalem, quod tamen negat. Accurſius *in l. 10. ff. ad Senatuſconſultum Macedon. Sed malè, ut &* Cujacius ſentit *in lib. 30. Pauli ad edictum. in explicat legis 7. ff. d. tit. pag. 77.* (d) *d. l. 40. ff. de condict. indeb.* (e) *l. quod ſi. 3. §. 1 ff. de conſtit. pecun.* Donellus *d. l. 12. cap. 3. pag. 12. in fin.*

Etſi verò etiam Macedonianum Senatuſconſultum data exceptione 34
infirmet actionem ex mutuo filiofam. dato, non tamen omninò tollit naturalem obligationem, (a) proindeque debitum ex mutuo ſolutum repeti non poteſt. (b)

a) *d. l. Quia naturalis 10. ff. ad Senat. Maced.* (b) *d. l. qui excep. 40. ff. de condict. indeb.*

Naturalis civilis obligatio dicitur, ſi ad eam efficax eſt actionem, 35
quæ exceptione perpetua removeri non poteſt. (a) Cujuſmodi etiam

Digitized by Google

obligatione tenetur pupillus pubertati proximus, si absque tutore contraxerit, & ex eo contractu factus sit locupletior. [b]

a) §. 1. *Inst. de oblig. l. creditores 10. ibi, vel jure civili sine ulla exceptionis perpetuæ remotione, l. creditor 55. l. debitor 108. ff. de verbor. significat.* (b) Post rescriptum D. Pii *l. Ait prætor 3. §. 4. pupillus, ff. de negoc. gest. l. 1. §. An in pupillum 15. ff. depositi & l. si pupilli 66. ff. de solut.*

36 Hactenus de Iure, cujus authoritate obligatio subnixa est: sequitur modus constituendæ obligationis: ut est tum sola conditio personarum, quarum una alteri obligatur: tum negotium aliquod externum.

Donell. *lib. 12. Comment. cap. 4. pag. 15. vers. principalis obligatio.*

37 Sola conditio personarum obligationem constituit inter parentes & liberos, item inter patronos & libertos. Parens enim filiabus suis, quas in potestate habet, etiam Iure civili dotem dare tenetur. (a) Tenetur item eodem Iure parens liberis suis egentibus utriusque sexus, etsi eos in potestate non habeat, pro modo facultatum suarum præstare alimenta, cæteraque liberorum onera, & mater ad hoc obligata est, quamvis liberos suos vulgò conceperit. (b)

a) *l. Capite. 19. ff. de ritu nupt. l. ult. verfic. neque enim C. de dotis promiss.* (b) *tot. l. si quis à liberis. 5. ff. de agnoscend. & alend. liber. & l. ult. C. de bon. quæ liber. Novell. 74.*

38 Tenentur quoque vice mutua liberi parentibus suis egentibus alimenta præstare: [a] ut & patronis suis eorumque liberis ipsi libertis: sed his illi non item. (b)

a) *d l. Si quis à liberis. 5. in princ. & §. 1. ff. d. tit. & d. l. ult. §. ipsum autem. C. de bonis, quæ liber.* (b) *d. l. si quis à liberis. 5. §. solent judices. & §§. seqq. & l. seq. ff. de agnosc. & alend. liber.*

39 Negotium externum, quo constituitur obligatio, est tum pollicitatio, (a) & pactum: (b) tum contractus, & quasi contractus: tum denique maleficium, & quasi maleficium. (c)

a) *Tot. tit. ff. de pollicitat.* (b) *tot. tit. ff. & C. de pact. §. sequens divisio. Inst. de oblig.* (c) *l. 1. in princ. l. 4. & seq. ff. de obligat. & action.*

40 Pollicitatio est solius offerentis promissum: estque duplex: pollicitatio Iurisgentium, & legitima.

l. 3. In princ. l. de pollicitationibus. 8 ibi, quod spante obtulit ff. de pollicitat.

41 Pollicitatio Iurisgentium est, quæ legis confirmatione destituta, nullam civilem obligationem parit: qualis est omnis pollicitatio, haud singulariter lege confirmata.

§ *Ex nuda pollicitat. tit. 12. de Iure fisci & pop. lib. 5. sentent. Pauli l. ult. ff. de testam.* transit tamen aliquando pollicitatio in pactum, *ut in l. dotale*

dotale prædium 15. ff. de fundo dotali, vel in contractum, *ut in l. ultim. ff. de obligat.*

Legitima pollicitatio est quæ lege aliqua confirmata, efficacem obligationem, (a) etiam in hæredes (b) promissoris parit, sive masculus, sive fœmina (c) sit, qui quæve promisit. Estque votum, (d) vel in specie pollicitatio. 42

a) *argum. l. legitima. 6. ff. de pact.* (b) *l. 2. in fin. l. totient. 6. in pr. l. ex pollicitatione. 9. l. septitia. 10. l. pen. & ult. ff. de pollicitat. l. si quis. 15. C. de SS. Eccles.* (c) *d. l. 6. §. 2. ff. d. t.* (d) *d. l. 2. ff. d. t.*

Votum est pollicitatio à patrefam. vel ejus authoritate filiofam. aut servo, (a) Deo (b) facta, apud Episcopum competentem insinuata. (c) 43

a) *d. l. 2. §. 1. ff. de pollicitat.* (b) Cujacius *in paratit. ff. d. t.* Alciat. *in l. si calumnietur. 33. §. 1. ff de verb. signif.* (c) *l. si quis donaverit. 15. C. de SS. Eccles.*

Veluti si quis rem mobilem, vel immobilem, vel se moventem, aut jus quoddam personæ Martyris, Prophetæ, aut Angeli, tanquam ipsi postea oratorium ædificaturus, polliceatur. Et ex hac pollicitatione promissor si detrectet, quod pollicitus est, præstare, condictione ex lege conveniri potest. 44

d. l. si quis donaverit. 15. C. de SS. Eccles. juncta, l. unica ff. de condict. ex lege.

Pollicitatio legitima ita in specie dicta est, quæ alii, quàm Deo fit; puta tum Xenodochio, Nosocomio, vel Ptochio, tum Reipublicæ, veluti civitati: Item pollicitatio, quæ fit remunerandi officii causâ, ut si salarium sive honorem quis alii ob præstandum officium polliceatur; tum etiam ea, quæ sponsis nomine dotis fieri solet. 45

Xenodochio, Nosocomio, vel Ptochio rei cujuslibet facta pollicitatione, & apud quos necesse est insinuata, condictione ex lege Oeconomicus illius corporis promissorem convenire potest. 46

d. l. si quis 15. C. de SS. Eccles. junct. l. unica ff. de condict. ex leg.

Pollicitatio Reipublicę facta efficax est, si ob justam causam fiat, aut promissum opus impleri cœptum sit. 47

l. 1. §. item sive, & §§. seqq. l. 6. §. 1. & seq. l. ob casum. 7. l. ex pollicitatione 9. l. si quis. 11. l. pen. ff. de pollicitat.

Justa causa est, si ob honorem, vel Magistratum decretum sibi, vel decernendum, (a) vel ob casum, quem civitas passa est, veluti propter incendium, aut terræ motum, aut ruinam quæ ei contigit, (b) vel ad licitum certamen (c) quidpiam polliceatur aliquis. 48

a) *l. 1 §. 1. l. ex pollicitatione. 9. l. si quis 1 ff. de pollicitat.* (b) *l. propter. 4. l. ob casum 7. ff. eod.* (c) *l. Septitia. 10. ff. d. t.*

Digitized by Google

49 Incœptum autem promissum opus dicitur, si promissor fundamenta jecit, vel locum purgavit, vel ipsi petenti locus destinatus sit, vel apparatum sive impensam in publico posuit, sed & si non ipse cœpit, certam tamen pecuniam ad Reipublicæ opus promisit, contemplatione pecuniæ cœpit opus facere, & tenebitur quasi cœpto opere.

d. l. 1. § cœpisse, & §. seq. ff. de pollic.

50 Et de hac pollicitatione Reipublicæ facta, ut & ea, qua salarium remunerandi officii causâ promissum constat, cognitio Prætoris, vel Præsidis extraordinaria est, apud quos Respublica per constitutos actores, (a) vel privatus, qui officium præstitit, (b) promissum persequi potest, cujus etiam nomine actio, puta condictio ex lege competit. (c)

a) *l. de pollicitationibus, 8. ff. de pollicitat.* & ibi Wesenbec. *in parat. in princ.* & Cujac. *in parat. ff. de variis & extraord. cognit.* Arnold. ab Haersolte *ad 7 partem pand act. 68.* (b) *l. 1. l. salarium incerta pollicitationis 17. C. Mandati l. qui. 56. §. salarium incerta pollicitationis ff. d. t.* sed vide Cujac. *lib. 11. observat. c. 18.* (c) *d. l. unic. ff. de condict. ex lege. juncta l. ult. in fin. ff. de obligat. & act.*

51 Denique ad dotis pollicitationem quod attinet, etiamsi quispiam nuda pollicitatione dotem promiserit, ex pollicitatione tamen ipsa non minùs tenetur, quàm si dotem stipulatione promiserit.

l. ad exactionem 6 & ipsa rubrica C. de dotis promiss. & nud. pollicitat. ubi Cujac. *in parat. & l. 1. §. penult. ff. de dotis collat.*

Clas. II. Disputat. II.

De Pactis.

Thesis I.

1 Pollicitationi proximum est pactum, quod eodem sensu pactio dicitur, (a) sed quia pactum, itemque contractus, de quo proximè, commune genus habent conventionem, (b) priùs de hac generaliter paucis agendum erit.

a) *l. pactum est. 3. ff. de pollicitat. & l. 1. §. & est pactio, 2.* ubi Cujac. *ff. de pact.* Idem Cujac. *lib 2. observ. c. 15.* Donell. *ad Rubr. C. d. t. n. 3.* dissentit Duaren. *ad d. l. 1. §. & est pactio. 2. ff. d. t. ubi pactionis nomen facit ge-*

cit genus pacti & contractus quomodo verò pactum à pollicitatione differat elegantes differit. Dn. D. Besold *part. 1. delibat. ad lib. 2. ff. quæst. 12.*

(b) *d. l. 1. §. conventionis verbum, 3. ff. d. t. de pact.* Cujac. *in l. Iurisgent. 7. in pr. ff. d. t. & in comment. in lib. 10. quæst. Papin. ad l. pacta conventa. 72. ff. de contrab. empt. & vend. pag. 239.*

Conventio est consensus eorum, quorum alter alteri, vel ad dandum faciendumve aliquid se obstringit, vel debitum remittit. 2

d. l. 1. §. conventionis verbum, 3. & l. si unus 27. ff. de pactis, juncta, l. 3. in pr. l. actionum 25. in princ. vers. in personam ff. de O. & A. l. 2. in princ. ff. de Verb. Oblig. l. sæpè 53. §. cùm dicimus, ff. de V. S. §. omnium vers. namque ibi dare aut facere Instit. de action. Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 1. tit 3.* Non potest ergò aliquis suo pacto vel contractu alii obligationem acquirere, nisi ut publica persona contrahat. latè Molinæ. *consil. 60.* quibus modis conventionis nomen accipiatur ostendit Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 1. tit. 1.* & quomodo à pacto differat. Idem. *dict. lib. 1. tit. 2.*

Infans (a) ergo pacisci vel contrahere non potest: ut nec furiosus, (b) & mente captus. (c) 3

a) *§. pupillus. 9. Inst. de inutil. stipul. l. 1. §. huic proximus ff. de O. & A.* (b) *d. l. 1. §. furiosum ff. d. t. l. in negotiis. 5. & l. furiosi. 40. ff. de R. I. l. 2. C. de contrab. empt. & vend.* Hunn. *d. pact. c. 3. quæst. 1.* (c) *argum. §. furiosi. 3. vers. sed & mente captis, Inst. de curat. §. quâ ratione. 1. Inst. de pupill. substitut.*

Erratis quoque pactum vel contractus nullus est, si error in persona, cui quid promittitur, vel in corpore ipsius rei promissæ contingat. 4

l. Si per errorem. 15. ff. de Iurisdict. l. 2. ff. de judiciis l. nihil consensui. 116. in fin. ff. de R. I. l. sed hoc ita. 20. ff. de aqua, & aqua plu. arcen. l. in omnibus. 57. ff. de O. & A. l. inter. 83. §. 1. l. continuus 137. §. 1. ff. de Verborum Obligat. l. in venditionibus. 9. in princ. ff. de contrab. empt. & vend. sed vide l. sed id quod aurum. 22. & ibi Donell. *n. 4. ff. de V. O.* & Pinel. *ad tub. C. de rescind. vend. part. 2. c. 1. n. 12. pag. 83.*

Est quoque nulla bonæ fidei conventio, cui dolus aut vis causam dedit. 5

l. Qui cum tutoribus. 9. §. qui per fallaciam. ff. de transact. l. & eleganter 7. in princ. ubi Cujac *ff. de dolo malo l. 3. §. ult. ff. pro socio. dict. l. consensui. 116. in princ. ff. de Reg. Iur. l. in causa. 16. in princ. ff. de minor.* Donell. *lib. 12. Comment. c. 7. pag. 26.* Cujac. *in l. si quis cùm aliter,* & ibidem etiam Donell. *n. 5. & ult. ff. d. V. O.* Idem Cujac. *in l. si mulier ff. Quod metus causa,* vide Commentarium meum *in l. contractus. de Reg. Iur. c. 2. n. 4. in fin.*

& n. 5. Dissent. Ioh. Robert. *Aurel libr. 3. animadversion. Iur. civil. c. 1. 2. & 3. & lib. 3. Notar cap. 1. 2. 3. &* Wesenbec. *in Paratitl. ff. de dolo malo in princ. & n. 5.* Dissentit item, quoad metum, Costal. *in d. l. & eleganter ff. de dolo, ut & alii, quos refert & sequitur* Nicol. Everh. *consilio suo, quod est 40. sub 4. tomo consiliorum varior. Iurisconsulterum German. pag. 281 numer. 3.*

6 Item is, qui aliter loquitur, ac sentit, qualis est, qui per locum aut docendi causà aliquid promittit, neque paciscendo, neque contrahendo se obligat

l. Obligationum 3. §. ult. ff. de Obligat. & Action. Donell. *lib. 12. Commentar. juris civil. capit. 7. pag. 26.*

7 Non obtinet etiam Iuris vinculum imaginaria sive simulata pactio vel contractus.

l. Contractus imaginarii. 54. ff. d. tit. l. cum ea. 21. C. de transact. l. si ex pretio. 6. C. si cert. petat. l. nuda. 55. ff. de contrah. empt. & vend. & tot. tit. C. plus valere quod agitur, quàm quod simulatè concipitur.

8 Ut nec illa conventio, qua agitur, ut tertiò cuidam aliquid detur, vel fiat, vel ut tertius quispiam quid det aut faciat.

l. quæcunque. 11. ff. de Obligat. & Action. l. fundus 64. ff. de contrah. empt. & vend. l. quo tutela 73. in fin ff. de Reg. Iur. l. 4. 5. 6. 7. 8. & ult. C. si quis alteri vel sibi, &c. ubi vide Sichard. *n. 4. 8. & seqq. l. qui mihi ff. de donat. l. 1. & 2. C.* Gregor. *si sub alter. nomin. res empt. erit.*

9 Conventionem porrò afficiunt, tum qualitas, tum species illius.

10 Qualitas conventionis est naturalis vel accidentalis: naturalis, quam ipsum Ius ei indidit, ut qua conventio vel bonæ fidei est, vel stricti juris.

l. in contractibus. 3. C. quib. ex causis major. l. in bonæ fidei. 13. C. de pact. l. mora. 32. §. in bonæ fidei, ff. de usur. l. eum qui 22. ff. de donat. l. unica §. sed etsi non ignoramus, C. de Rei uxor. act. c. cum venerabilis. §. ad hæc Episcopus. extr. de except.

11 Bonæ fidei conventio est, ex qua alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo præstandum est, etiamsi de eo nominatim non convenerit. (a) Stricti Iuris conventio dicitur, ex quâ alter alteri obligatur in id tantùm, de quo nominatim convenit. (b)

a) *l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. §. ult. Instit. de oblig. ex consensu. §. conductor autem. 5. Instit. de locat. & conduct. vide quoque commentar. meum in l. contractus. 23. ff. de R. I. c. 2. num. 3.* (b) *d. l. quia tantundem. 7. ff. de neg. gest. l. quicquid astringenda, 99. ubi Dd. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. in fin. ff. d. V. O.*

12 Est enim conventionis qualitas naturalis, quod res aut facta quæ-

dam

dam haud recipit. Non enim admittitur conventio de futura ſucceſſione inita cum eo, de cujus bonis agitur. (a) Vt nec conventio cum aliquo inita, de tertii cujuſdam certi hominis, viventis non conſentientis hereditate, (b) etiamſi hujuſmodi aliqua conventio juramento ſit firmata.

a) *l. ex eo. 4. C. de inutilibus ſtipul. l. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. ff de V. O. l hereditas 5. C. de pact. convent. l. pactum, quod dotali. 15. & l. licèt, 19. C. de pactis.* Videtur obſtare, *§. ult. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* ad quem locum reſpondet Donell. *in l. ult. C. de pact.* (b) *d. l. ult. ubi vide omnino* Donell. *Cod. d. t. l. 2. in fin. ff. de his qua ut indign. l. donari. 29. §. fin. & l. ſeq. ff. de donat.* vide Vaſquium *de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 18. requiſ. 29. num. 191. & ſeqq. item* Decian *reſponſ. 48. vol. 2.* Balduin. *in Inſt. pag. 369. & ſeqq. &* Cujac. *in libr. 10. Reſponſorum Papin. pag. 447. & ſeq. ubi ad varias. ll. qua obſtare videntur, reſpondet.* (c) *l. non dubium 5. in fin. C. de legib.* Weſenb. *conſil. 71. nu. 5. & 6. part. 2.* Andr. Gail. *2. obſerv. 125. n. 2. obſ. 115. n. 1.* Borcholt. *de pact. cap. 5. nu. 66 & ſeqq.* Diſſentit Didacus Covarruv. *in c. quamvis. de pactis in 6. in initio relect. part. 3. n. 2.*

Conventio tamen de mutua ſucceſſione inter milites valet, (a) ut & conventio de non ſuccedendo libera & juramento firmata: veluti ſi inter patrem & filiam convenerit, ut ipſa dote contenta, nullum ad ipſius patris bona regreſſum habeat, atque hæc conventio juramento, non vi nec dolo præſtito ſit firmata, (b) licèt ſimplex conventio de non ſuccedendo inutilis ſit. (c) 13

a) *l. Licet. 19. ubi* Donell. *C. de pact.* id quod Dd. nonnulli, & conſuetudo Germaniæ porrigunt etiam ad conventionem conjugum de reciproca ſucceſſione in caſu non exiſtentium liberorum. Mynſing. *cent. 2. obſerv. 33. & Reſpon. 14. Decad. 2.* Weſenb. *conſil. 71. n. 39. part. 2.* (b) *d. c. quamvis. de pactis in 6. & c. licet. de jurejurando. in 6.* (c) *l. ult. ff. de ſuis & legit. hered. l. 3. ubi* Sichard. *C. de collat. vide* Vaſquium *d. §. 18. requiſito 29. nu. 14. & ſeq.* tum etiam Modeſt. Piſtor. *conſil. 8. queſt. 1. num. 16. & ſeqq.*

Ejuſmodi tamen renunciationis conventio, liberis perſonæ renunciantis non obſtat, ſi renunciante perſona mortua caſus ſuccedendi contingat. 14

Maran. *diſp. 12.* Tiraquell. *de Iure primogen. queſt. 40. num. 113.* Covarr. *tom. 1. tertia partis. relect. §. 2. num. 4. & ult. & §. 3. num. 7.* vide Vaſquium *d. §. 18. requiſit. 29. num. 181. & ſeq.* Guid. Papæ. *deciſ. 227. & ſeq. & dec. 231.* Quid vero, renunciatione facta à ſorore bitz auff einen leedigen aufahl an fratre abſque liberis decedente, ſoror ad bona renunciata admittatur? vid. Dn. Beſold. *vol. 2. conſ. 22.*

Non

Digitized by C

15 Non valet etiam conventio, Ne dolus futurus præstetur. *l. si unus 27 §. Illud ff. h. t. l. contractus. 23 ff. de regul. jur.* Et ne quidem tacitè id agi potest. vide Donell. *lib. 16. comment. c. 6. pag. 616. in fine & pag. seq.*

16 Iure item reprobatur conventio causidici de quota litis, (a) ut & ea, qua litis contestatio remittitur. (b)

a) *l. sumptus. 53 ff. de pact. l. salarium. 7. in fin. ff. mandat. l. item 15. C. de procurat. l. si contra 20. C. mandat. l. 6. §. præterea C. de postul.* Guid. Papæ *dec. 102.* in aliquib. tamen casib. licet causidico paciſci cum clientulo suo, de quibus vid. Petr. Augustin. Morlam. *part. 1. Empor. tit. 3. de pact. in princ. n. 62. & seqq.* Roland. à Vall. *vol. 3. cons. 36. num. 20. & seqq.* vide Mytil. *cent. 3. obs. 74.* Plura exempla conventionis inutilis pete ex *l. un. C. de monopol. & convent. negot. illicito.* & Andr. Gail. *lib. de pace. publ. c. 21.*

17 Conventionis qualitas accidentalis est, quæ ex partium placito provenit, ut cum conventio purè, vel in diem, vel sub conditione est facta.

l. cedere diem. 213. ff. de V. S. l. obligationum ferè. 43. ff. de O. & A. l. actus legitimi. 77. ff. de R. I. §. omnis stipulatio. Inst. de V. O.

18 Impossibilis tamen conditio conventionem vitiat, (a) ut & ea quæ in promissoris arbitrium confertur. (b)

a) *l. Non solum. 31. ff. de O. & A. l. impossibilis. 7. ff. de Verbor. Obligat. §. si impossibilis. Instit. de inutil. stipul.* (b) *l. stipulatio non valet. 17. l. centesimus. 46. in fin ff. de V. O. l. sub hac. 8. ff. de Oblig. & Action.*

19 Est autem conditio impossibilis naturâ vel jure. (a) Naturâ, veluti si digito cœlum tetigeris, (b) si uno die Romam iveris. [c] Iure, veluti quæ est contra leges vel bonos mores, [d] ut si sororem tuam duxeris uxorem. [e] si homicidium vel aliud flagitium feceris. [f]

a) *l. Si stipulor. 35. in pr. junct. §. 1. & l. continuus 137. §. cum quis ff. de V. Obligat. l. filium 15. ff. de condit. Instit.* (b) *§. si impossibilis. Inst de inutil. stipul.* (c) Cujac. *ad d. l. 35. ff. de V. O.* (d) *l. pacta 7. ubi* Donell. *Cod. de pact. l. non dubium 5. C. de ll. l. Iurisgentium. 7. §. ait prætor. & §. generaliter. l. si unus 27. §. pacta quæ turpem. l. Ius publicum, ff. de pact. l. nec ex prætorio 27. l neque pignus 45. §. fin ff de Reg. Iur. l. illud convenire non potest 5. ff. de pact. dotal. lib.* [e] *d. l si stipulor 35. §. 1. ff. de Verb. Obligat.* (f) *l. si flagitii 123. ff. d. t.*

20 Species conventionis sunt pactum, contractus, [a] & acceptilatio. [b]

a] *d. l. 1. §. Conventionis verbum ff. de pactis,* [b] ut Duaren. *ad l. 1. §. est autem pactio, ff. de pactis.* Sic & Cujac. *ad l. Iurisgentium 7. in princ. ff. de*

ff. de pact. & in Commentar. in lib. 10. quæst. Papin. ad l. pacta conventa 72. ff. de contrab. empt. & vend. pag. 239. itemq; Ion. Borcholt. *in Comment. in tit. ff. de pact. c. 1. n. 8.* duas tantum conventionis ſpecies faciunt, pactum & contractum. Sed quia acceptilatio pactum non eſt, ut patet ex *l. an inutilis 8. in pr. ff. de accept.* & ſentit Cujac. *in lib. 3. Pauli ad edictum in explicatione. l. ſi unus §. pen. ff. de pactis pag. 88.* Neque eſt contractus. Contractus enim obligationem parit; acceptilatio verò obligationem dirimit, ſequitur & acceptilationem eſſe conventionis ſpeciem, pacto & contractui oppoſitam.

Pactum eſt conventio, [a] quæ ſua vi ad naturalem quidem obligationem de eo, quod promiſſum eſt, (b) vel liberationem, ſi de ea pactum interpoſitum ſit, (c) non etiam per ſe ad actionem producendam, (d) efficax eſt. Idque omne nudum dicimus, (e) & appellatione pacti vel pactionis in libris Iuris noſtri nuſquam contractum ſignificari putamus. (f) 21

a) *Dict. l. 1. §. conventionis verbum ff de pactis,* (b) *l. in his 5. § Imp. Anton. ff. de ſolut. l. Iuriſgentium. 7. §. ſed cum nulla. ff. de pact.* Cujac. *in Paratit. Cod. tit. de reb cred.* Donell. *libr. 12. Comment. cap. 2. pag. 7. ubi refutat* Connanum, *qui lib. 4. Comment. c. 1. num. 5. negat ex pacto naturalem proficiſci obligationem,* (c) *l. Stichum. 95. §. naturalis, ff. de ſolut. §. præterea debitor. Inſtit. de except.* Pactum quod ad liberandum interpoſitum eſt, non parit obligationem ne naturalem quidem; ut eleganter contra Interpp. oſtendit. Donell. *in l. in bonæ 13. num 21. Cod. de pact.* (d) *l. legitima. 6. & l. ſeq. §. ſed cum nulla, ibi, igitur nuda pactio actionem non parit. §. quin imo ibi. nec ex pacto actio naſcatur (quæ verba eo loco aliquoties iterantur) ff. de pactis l. ſi tibi. 27. Cod. de locat. & conduct.* (e) etiamſi lege ſit confirmatum *l. frumenti 12. Cod. de uſuris l. etiam ex nudo pacto. 30. ff. d. t. & argum. tit. C. de dotis promiſſ. & nud pollic.* vel bonæ fidei contractui incontinenti adjectum, *d. l. Iuriſgentium 7. §. quin imò. ff. de pactis.* Cujac. *ad l. 1. ff. de pactis, & lib. 11. obſervat. c. 17. lib. 14. cap. 28. & in Commentar. in lib. 10. quæſt. Pagin. pag. 243. & pag. 245.* Iohan. Borcholt. *in Comment. ad tit. de pactis in quarta pactorum diviſione, num 5. de tali pacto vide infra theſ. 37. cum ſeqq.* Diſſentit Duaren. *ad tit. de pact. cap. 2.* & Donell. *ad l. legem 10. num. 13. Cod. de pactis,* ubi negant pactum nudum, quod in continenti bonæ fidei contractui eſt adjectum. (f) Franciſc. Duaren. *lib. 2. anniverſ. diſput. cap. 8.* Cujac. *ad d. l. 1. ff. de pactis,* Iohan. Borcholt. *in d. Comment. de pactis, c. 1. n. 7.* Diſſentit Donell. *ad Rubr. C. de pact. num. 2. & 4.* Hotoman. *libr. 1. amic. reſp. cap. 2.* à pacto tamen ſæpe fit tranſitus ad contractum, & quod initio fuit pactum, deſinit ſive exit in contractum: ut pactum arrharum, quod dicitur *in l. 3. C. quand.*

liceat ab empt. disced. exit in contractum facta traditione arrharum *l. contractus, Cod de fide Instrument.* Cujac. *in Comment. in libr. 3. Pauli ad edict. ad l. 27. § sed si pactum conventum tale fuit, ff. de pactis pag. 82.* Item pactum interdum proficit ad novum contractum, *l. Iurisgentium, §. adeò l. si unus. 27. §. pactus ne peteret. vers. idem dicemus, ff. de pact. l. 3. C. de pactis,* Cujac. *in Comment. in lib. 10. quæst. Papin pag. 242. & seqq.*

22 Atque pactum est conventio omnis, quæ neque proprium civile nomen habet, neque habet causam, id est, dationem vel factum.

d. l. Iurisgentium. 7. §. 1. & 2. ubi Cujac. *ff. de pactis l 3. ff. de præscript. verb.* Cujac. *libr. 2. observat. cap. 15.* Donell. *libr. 12. Commentar. cap. 9. pag 30. & seq.*

23 Est autem pactio tum obligatoria vel liberatoria: *(a)* tum expressa, vel tacita, *(b)* tum legitima vel Iurisgentium. *(c)* Tum licita vel illicita. *(d)*

a) *l. Arrianus. 47. ff. de O & A. dict. l. 1. §. conventionis. ibi negotii contrahendi distrahendiq;, l. legitima 6. ibi, ex pacto actio nascitur vel tollitur, l. si unus, 27. §. pactus ne peteret. vers. idem dicemus, ff de pactis, & §. pratetea debitor, Inst. de except.* De liberatorio pacto, quod etiam decisio appellatur *in l. post decisionem, 13. Cod. de furtis*, vide etiam Donell. *in l. creditori 5. & l. in bona. 13 num. 21. C. de pactis.* (b) *l. 2. 3. & 4. ff. dict. t.* Conan. *lib. 5. Comment. cap. 4.* (c) *l. 5. l. 6. & l. Iurisgentium 7. in princ. ff. de pactis.* (d) *d. l. Iurisgentium. 7. §. ait prætor. 7. ff. h. t.*

24 Obligatorium pactum est, quo paciscentium alter alteri ad dandum vel faciendum aliquid se obstringit: Liberatorium pactum dicitur, quo alter alteri debitum aliquod remittit. *(a)* Et est hoc liberatorium pactum, vel in rem vel in personam. *(b)*

a) *Per text. ad præcedentem thesin sub litera A. allegatos.* (b) *d. l. Iurisgentium. 7. §. pactorum quædam, & l. talis 40. ff. de pactis.* Cujac. *libr. 18. observ. c. 2.* Donell. *in Compend intit. ff. & C. de pactis, num 5.* vide Hotoman. *lib. 1 amicabil. respons. c. 29.*

25 Liberatorium pactum in rem est, quoties generaliter paciscor, ne petam quod debetur: quale pactum prodest omnibus, quorum principaliter & pecuniariter interest dissolutum esse obligationem ejus, qui paciscitur. Vndè debitoris pactum etiam fidejussoribus prodest: *(a)* Non autem contra fidejussoris pactio prodest Reo, nisi rem suam fidejusserit, tunc enim pacti exceptio reo aut fidejussori prodest, confidejussori autem non prodest, licet ad subsidiariam doli mali exceptionem proficiat. *(c)*

a) *l. & heredi. 21. §. fin. & ultim. ff. de pactis*, quibus textibus Conan. *libr. 5. Comment. cap. 4. num. 7. pag. 502.* opponit, *l. si unus 27. §. pactus*

Digitized by Google

ctus ne peteret verſ eadem ratione, ff. d. t. (b) *l. fidejuſſorii 23 & l. ſeq ff. d. t.* (c) *l. ut fidejuſſor 39. ff. de fidejuſſoribus, l. cum alter. 11. C. d. t.*

Neque etiam ſi duo ſint rei promittendi non ſocii, unius pactum 26
alteri prodeſt, (a) ſicut ſi ex duobus reis ſtipulandi, unus ne peteretur, pactus ſit, pactio ipſi ſoli, non correo nocet, ſive ſocii fuerint ſive non. (b)

a) *l. Idem in duobus. 25. in pr. ff. de pactis, l. 3. §. nunc de effectu, ff. de liberat. legat.* (b) *d. l. ſi unus, 27. & ibi* Cujac. *ff. de pactis.*

In perſonam eſt pactum liberatorium, quoties paciſcor ne à certa 27
perſona, putà ne à Lucio Titio petam, (a) & hoc pactum ad alium non pertinet, ne quidem ad heredem paciſcentis, ſed ei duntaxat prodeſt cum quo factum eſt. [b]

a) *d. l. Iuriſgentium 7. §. pactorum quædam, ff. de pactis,* (b) *dict. l. idem in duobus. 25. §. 1. ff. d. t.* Conan. *dict. lib. 5. cap. 4. num. 4.* & quotieſcunque tertia perſona pacto comprehenditur perſonale pactum eſt: Tiraquell. *de retract. convent. §. 1. gl. 6. n. 19.*

Et licet non minus ex mente, quàm ex verbis æſtimandum ſit utrum 28
in rem, vel in perſonam ſit pactio, (a) plerunque tamen in rem fuiſſe conceptum dicimus, quippè cum etiam heredibus noſtris conſulere præſumamur. (b)

a) *dict. l. 7. § pactorum quædam, ff. de pactis,* (b) *l. ſi pactum, 9. ff. de probatio. l. ſicut, 8. §. ſi debitori. ff. quib mod. pign. ſol. l. veteris, 13. Cod de contrab. & commit. ſtipul.*

Porrò expreſſum pactum eſt, quod ſit de re quapiam tractatu habi- 29
to, etiam per nuncium vel per epiſtolam: (a) veluti ſi in depoſito vel precatio, initio convenerit ut depoſitarius, vel is qui precario rogavit etiam periculum præſtet, ad quod alioqui natura eorum negotiorum neuter tenetur. (b)

a) *l. Labeo ait. 2. ff. de pactis,* (b) *l. contractus, 23. ff. de Reg. Iur.*

Tacitum pactum, quod ex præſumpta partium voluntate juris au- 30
thoritate elicimus: veluti ſi debitori meo reddiderim cautionem, quo facto inter nos convenille videtur ne debitum peterem, (a) ſi quoque urbanum prædium alicui locatum ſit, tacito pacto actum videtur, ut invecta illata pignori ſint locatori; (b) ſi item unus alii ſuæ rei diſtractionem, ſi quid non fiat: expreſsè permittat, tacito pacto ſimul id actum videtur, ut res eadem pignori ſit. (c)

a) *d. l. Labeo. 2. § 1. ff. de pactis,* (b) *l. item quia. 4. in princ. ff. d. t.* (c) *l. creditor. 3. §. fin. ff. Qui potior. in pignor. hab,* Matth. Colerus *in tract. de proceſſ. executivis part. 3 cap. 12. num. 6.*

Stipulationi quoque dotis inest tacita hæc pactio, ſi nuptiæ fuerint 31

sequutæ, proindeque ante nuptias malè dos petitur: & non sequutis nuptiis evanescit stipulatio.

l. 4. §. 2 ff. de pactis.

32 Quod si etiam contracto mutuo, & stipulatione de usuris præstandis facta, in continenti convenerit, ut donec usuræ solverentur, sors non peteretur: atque mutuum in stipulationem purè deducatur, non repetita expressim conventione priori, tacitam conditionem stipulationi inesse placuit.

d. l. Labeo. 4. §. ult. ff. de pactis, Cujac. *in Comment. in lib. 3. Pauli ad edictum. pag. 53.*

33 Si quis item in futurum usuras à debitore suo acceperit, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat.

l. Qui in futurum, 57. ff. de pactis.

34 Quod si etiam mutuo dato & stipulatione de usuris totius sortis certo tempore non solutæ præstandis subjecta, statim sive in continenti conveniat, ut menstrui denarii viceni, hoc est, singulis mensibus viginti tantum denarii ex sorte refundantur, tacitè actum videtur, ne totius sortis usuræ præstentur, si tempus quod solutioni ex primo placito competebat transierit: sed singularum tantum pensionum tardius solutarum usuræ dentur, ut scilicet finito proximo mense primæ pensionis usuræ currant, & similiter post secundum & tertium tractum usuræ non solutæ pensionis currant.

l. Lecta. 40. ff. de reb. cred. Cujac. *in Comment. in libr. 3. quæst. Paulo pag. 61. & seqq.*

35 Denique acceptilationi quoque tacitè pactum inest. Etsi enim inutilis acceptilatio fuerit, tacita tamen pactione id actum videtur, ne debitum peteretur, proindeque debitor pacti exceptione se tueri potest.

l. Si unus. 27. §. pen. ubi Cujac. *ff. de pact. l. an inutilis. 8. in princ. & l. si acceptolatum, 19. ff. de acceptilation. & l. cum emptor. 5. in princ. ff. de rescind. vend.*

36 Sequitur de legitima & jurisgentium pactione: Legitimum pactum est, quod ex legis confirmatione, vel actionem producit ad exigendum id, quod eo pacto promissum est, vel ipso jure actionem tollit, atque ita debitorem pacisscentem à debito liberat.

l. legitima, 6. ff. de pactis, l. nec ex prætorio ff. de Reg. Iur. eleganter Dn. D. Besold. *part. 1. delibat. ad lib. 2. ff. quæst. 14.*

37 Actionem producit pactum obligatorium, si illud vel insit bonæ fidei negotio, vel si non insit ejusmodi negocio, singulariter tamen confirmatum ad actionem fuerit. Quorum illud quodammodo, (a) Hoc verò simpliciter & absolutè legitimum pactum dicimus. (b)

a) Cum

(a) Cum enim Iure communi ad actionem ſit confirmatum, *l. cum dotem 10. C. de Iure dotium l. Iuriſgentium. 7. §. quin imò. ff. de pactis*, undè quodammodò etiam pactum legitimum dicitur. *arg. d. l. legitima, 6. ff. d. t.* deinde cum contractus bonæ fidei cui pactum adjectum eſt, legitimus ſit quodam modo contractus, cur non & ipſum pactum eſſet aliquo modo legitimum, quippè cum pars ſit ejuſmodi contractus, quod ex eo intelligitur, quod ejuſdem contractus actio pacti illius nomine datur, *l. fundi 79. ff. de contrah. empt. l. tenetur 6. §. 1. ff. de actio. empt. l. ex conventione, C. de pactis. l. ſi fundus. 4. ff. de lege commiſſ. l. Imperator. 16. ff. de in diem addictio.* Adhæc pactum quod bonæ fidei contractui ineſt, Lex contractus dicitur, *d. l. 7. §. quin imo verſ. ea enim pacta, ff. de pactis. l. contractus verſ. ſed hæc ita. ff. de R. I. l. legem. 10.* ubi Donell. *num. 2. C. d. t. l. ea lege. C. de condict. ob cauſam dat. l. 1. l. 3. l. ſervus ea lege. 7. ff. de ſervis exportand. l. cum in lege. 33. l. qui fundum 40. l. fiſtulas, 78. ff. de contrah. emption.* Non ergò abſurdè pactum vocatur legitimum. Denique Cujac. quoque hujuſmodi pactum legitimum vocat pactum *in comment. in lib. 10. quæſt. Papin. pag. 239. in explicatione, l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt.* (b) quia ſimpliciter ſingulari aliqua lege confirmatum eſt, *d. l. legitima, 6. ff. de pactis.* Cum aliàs quod bonæ fidei contractibus ineſt, huic oppoſitum etiam Iuriſgentium ſit pactum, uti arguit. *d. l. legitima, juncto, l. 2. principio & §. quin imo, 5. ff. d. t.*

Pactum obligatorium, quod ineſt bonæ fidei contractui, vel eſt de adminiculis contractus vel de contractus ſubſtantia. 38

l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. & vend. de adminiculis, id eſt adjunctis contractus eſt tota *l. contractus. ff. de Reg. Iuris, de quibus etiam differit.* Hotoman. *lib. quæſt. illuſtr. quæſt. 37.* & Cujacius *lib. 10. obſerv. cap. 24.*

Pactum obligatorium de adminiculis contractus ineſt, bonæ fidei contractui ſi ex continenti (a) ſive (quod idem eſt) in continenti, (b) id eſt, in ingreſſu, (c) in initio, (d) ſive tempore contractus, (e) antequam ſcilicet ille omnino perficeretur, (f) ejuſmodi contractui adjectum fuerit. 39

a) *d. l. 7. §. quin imò, ff. de pactis.* (b) *l. in bonæ fidei, 13. C. d. t. l. lecta, 40. verſ. dicebam, ff. de reb. cred.* (c) *d. l. 7. §. quin imò verſ. ea enim pacta inſunt, ff. de pactis* (d) *l. initiò, 5. C. de pactis inter empt. & vend. l. contractus 23. ff. de R. I.* (e) *l. pen. C. d. t.* (f) Donell. *ad l. in bonæ fidei, 13 num. 2. 3. 4. 5. & 6 C. de pactis* diſſentit Cujac. *in comment. in lib. 10. quæſt. Papin. pag. 240. in explicatione l. pacta conventa. 72. ff. de reb. cred.*

Pactum obligatorium de contractus ſubſtantia ineſt bonæ fidei con- 40

contractui, ſive (quod idem eſt) continetur bonæ fidei contractu, ſi ex intervallo re adhuc integra, vel de omnibus in integrum reſtitutis, per ipſum pactum contractui aliquid addatur, quod ad ſubſtantiam ipſius contractus pertinet, atque ita pro parte reformetur in ſubſtantia contractus ille; veluti ſi poſt contractam emptionem & venditionem merx aut pretium augeatur per pactum.

l. 7. §. adeò. verſ. unde illud, ubi Cujac. *ff de pact. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. & vend. l. 3. C. de pactis*, Cujac. *in com. in lib. 10. q. Papin. pag. 242. & ſeq.*

41 Quæ autem nomine hujus legitimi pacti, quod ineſt bonæ fidei contractui actio detur, noſtris aqua (ut ajunt) hæret, nos ejuſdem contractus actionem etiam de adjectis adminiculis: non præſcriptis verbis judicium, (a) multò minùs vindicationem (b) competere arbitramur.

a) *d. l. 7. §. quin imò, ff. de pactis, l. fundi, 79. ff. de contrah. empt. & vend. l. tenetur 6. §. 1. ff. de actio. empt. l. ex conventione, 11. C. de pactis. l. Imperator, 16. ff de in diem addict. l. 4. in princ. ff. de lege commiſſ.* Alciat. *lib. 5. paradox. cap 1.* Cujac. *in tract. 8. ad Affrican. in explicat. l. Titius, 24. ff. de præſcript. verb.* Alii inter quos eſt etiam And. Gail. *lib. 2. obſ. pract. obſ. 16. num. 3.* & Donell. *ad l. in bonæ fidei, 13. num. 11. C. de pactis.* exiſtimant certis caſibus ex hoc pacto etiam præſcriptis verbis actionem competere, quod & leges nonnullæ volunt, *ut l. 2. C. de pactis int. empt. & vend. & l. ſi vir uxori. 12. ff de præſcript. verb. vide quoque l. Labeo ſcribit. 50 ff de contrah. empt. & vend.* quo autem reſpectu, nomine hujus pacti præſcriptis verbis actio competat deduxi in centuria *quæſtion. q. 75.*

(b) *per d. l. 7. §. quin imò, ff. de pactis* And. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſervat. 16.* Mynſ. *cent. 6. obſervat. 69.* Hartman. Piſtor. *lib. 1. quæſt. Iuris quæſt. 21. num 7.*

42 Cæterùm ſtricto negocio, veluti ſtipulationi, vel mutuo etiam incontinenti adjectum pactum obligatorium haud ineſt ipſi negotio, proindeque non parit actionem.

l. petens 27. & ll. ſeqq. C. de pact. l. ſi tibi decem, 17. in pr. ff. de pactis. l. rogaſti. 11. §. ſi tibi dedero, ff. de reb. cred. Alciat. *lib. 5. Paradox. cap. 2.* Cujac. *in d. l. 17. ff de pact. lib. 2. obſ. cap. 15. lib. 10 cap. 28 & tract. 8. ad African in explicatione d. l. Titius 24. ff. de præſcript. verb. & in comment. in lib 3. quæſt. Pauli pag. 69. & ſeq. in explicatione l. lecta 40. ff. de rebus cred.* & Donell. *ad d. l. in bonæ fidei 13. C. de pactis*, facit huc, quod jam allegata lex, *& d. l. 7. §. quin imò, ff. de pactis*, nominatim & abſolutè loquuntur de bonæ fidei judiciis, quæ ſtrictis judiciis opponuntur *in §. actionum. Inſtit. de actio.* ſed poſt Accurſium Hotomanus *lib. 1. quæſt. illuſt. quæſt. 36. & lib. 1.*

& lib. 1. amic. respon. c. 31. & lib. 7. obs. c. 15. & alii alibi dissentiunt. *vide infra hac class. disput. 7. thes. 33. lit. E.*

Pactum obligatorium simpliciter & absolutè legitimum, est pa- 43
ctum donationis, (*a*) pactum pecuniæ constitutæ, (*b*) pactum hypothecæ, (*c*) pactum dotis, (*d*) pactum de usuris argentario dandis, (*e*) vel dandis civitatibus, (*f*) vel etiam privatis vino, oleo, aut frumento credito, (*g*) vel dandis ex mutua pecunia trajectitia. (*h*) Quæ pacta, qui in contractuum societatem aggreganda putant, omninò errare nobis videntur. (*i*)

a) *l. si quis argentum. 35. in princ. & §. fin. C. de donat. §. aliæ autem donat. Inst. de donat.* Cujac. *in dict. l. legitima. 6. ff de pactis, idem tamen in Comment. in lib. 10. quæst. Papin. pag. 246. in explicatione, l. pacta conventa, 72. ff. de contrab. empt. & vend.* donationem, quæ nudo fit consensu, vocat contractum, affirmans, *dict. leg. 35. C. de donat.* nihil pertinere ad pacta, (b) *l. 1. in princ. t. t. ff. & C. de const. pecun. §. de const. pecun. §. de constituta, Instit. de action.* (c) *l. 1. in princ. ff de pignor. act. l. si tibi decem, 17. §. de pignore, ff. de pactis l. major, 23. C. de pignoribus, §. serviana, Instit. de act.* Atque hæc tria tantùm pacta pro pactis legitimis agnoscit Donell. *ad legem 10. num. 19. & seq. C. de pactis,* (d) *t. t. C. de dotis promiss.* (e) *Novell. 136.* (f) *l. etiam, 30. ff de usuris,* (g) *l. frumenti, 12. C. de usuris* vide Balduinum *in Iustiniano, pag. 84. & seq.* (h) *l. 3. l. in quibusdam, 7. ff. de nautico fœnore,* quæ pacta quinque in societatem legitimorum pactorum admittit etiam Cujacius *in dict. leg legitima 6 ff. de pactis & in Comment. in lib. 10. quæst. Papin. pag. 246. in explicatione d. l. pacta conventa, 72. ff. de contrab. empt.* & Iohan. Borch. *in comment. ad d. t. c 2. in secunda pactorum divisione.* Donellus verò subscribens Conano, & Eguinario Baroni hæc postrema exempla, non agnoscit pro pactis legitimis, *in d. l. legem 10. num. 11. & seq. C. de pact.* (i) *per ea, quæ tradidi in meo comment. in l. contractus ff. de R. I. c. 1. n. 7.*

Succedit pactum legitimum, quod ipso jure actionem tollit, hujus- 44
modi est pactum; quo furti vel injuriarum actio remittitur, (*a*) item quodvis aliud liberatorium pactum, quod vel bonæfidei contractui de ejus maximè natura, id est, qualitate, vel etiam alio debito in continenti, (*b*) aut de illius substantia ex intervallo, re tamen adhuc integra, vel omnibus in integrum restitutis, (*c*) vel stricti juris contractui ex continenti (*d*) adjectum est.

a) *dict. leg. legitima. 6. ibi, vel tollitur, juncta l. Iurisgentium, 7. §. si paciscar, d. l. si tibi, 17. §. 1. l. si unus, 27. §. pactus vers. sed si pactum. ff. de pact. l. post divisionem, 13 C. de furt.* (b) Vel per pactum remittatur culpa levis vel levissima, quæ aliàs ex natura contractus præstanda esset, *l.*

contra-

contractus, verſ. quamvis obligationum cauſa, & verſ. quia actionum modus, ff. de R. I. Cujac. *lib. 10. obſerv. c. 24.* (c) Vt ſi pars mercis aut pretii poſt contractam emptionem & venditionem per pactum remittatur, *dict. leg. 7. §. adeò autem, & l. ſi unus, 27. §. pactus ne peteret. verſ. idem dicemus, & verſ. ſeq. ff. de pact. d. l. pacta conventa, 72. ff. de contrab. empt. & vend.* (d) *l. lecta, 40. ff. de reb. credit. l. 4. §. hujus rei, ff. de pactis* Cujac. *in comment. in lib. 3. quæſt. Papin. pag. 68. & ſeq. lib. 10. obſerv. c. 24.* Donell. *ad l. bonæ fidei, 13. n. 11. & 12. C. de pactis.*

45 Reſtat pactum juriſgentium: Pactum juriſgentium eſt, quod neque ad actionem, neque ad liberationem, quæ ipſo jure fiat, ſpecialiter confirmatum eſt, (a) cujuſmodi eſt omne pactum, quod non eſt in ſocietate eorum pactorum, quæ hactenus legitima eſſe dixi, (b) unde ſi obligatorium fuerit, licèt ad petendum ſit inutile, (c) ad compenſandū tamen utile eſt, (d) ſin liberatorium ſit, exceptionem reo parit. (e)

a) *Argument. l. legitima, 6. ff. de pactis,* (b) Cujac. *in proxime allegata lege* & Borcholt. *in Comment. de pactis c. 2 in ſecunda pactorum diviſione, num. 1. & 2.* (c) Donell. *ad l. in bonæ fidei, 13. num 16. C. de pactis,* (d) *l. etiamſi, ff. de compenſat.* (e) *in princ. & §. ſed cum nulla, ff. de pactis. l. in bonæ fidei, 13. C. d. t. l. pacta conventa, 72. ff de contrab. empt. & vend.*

46 Non ſunt audiendi, qui Iure Canonico omnia pacta hodie actionem producere affirmant.

Vt oſtendi in commentario meo in l. contractus, ff. de R. I. c. 1. num. 8. & ſentit Ferdin. Vaſquius *in Tract. de ſucceſſio, & ult. volunt. lib. 1. de teſtatoris potentia, §. 3. num. 13. verſ. decimus tertius effectus eſt.* Et Cujac. *in cap. 2. extra. de ſponſal.* Moribus tamen receptum ajunt, ut hodie omnia pacta actionem pariant, Weſenbecius *in Parat ff. de Pactis num. 9.* Nominatim quoque ſtatuto Wirtembergico eſt cautum, ut non minùs nuda pacta valeant, quàm contractus, Fürſtenthumbs Würtemberg Alt Landtrecht/ *part. 2. tit.* Welcher bedächtlich zugeſagt / *pag. 222.* New Landtrecht/ *part. 2. tit. 23. fol. 311.* Vbi Dn. Plebſt *theſ. 228. diſp. 2.* & Dn. D. Beſold. *theſ. 142.* Idem *part. 1. delibat. ad libr. 2. ff. quæſt. 15.*

CLAS.

CLAS. II. DISPUTAT. III.

DE CONTRACTU IN GENERE, & in ſpecie de Emptione & Venditione.

THESIS I.

EXpoſita pactione, ſequitur contractus. Contractus eſt conventio, (a) 1
quæ ex mente contrahentium per ſe obligationem civilem parit. (b)
Eſtque tum nominatus vel innominatus; tum ultrò citroque obligatorius, vel obligatorius à parte tantum altera: tum Iuriſgentium vel Iuris Civilis. (c)

a) *l. 1. §. Conventionis. ff. de pact.* (b) *l. Labeo. 19. ff. de verbor ſignificat. l. Iuriſgentium. 7. § 1. & 2. ff. de pact. l. obligationum. 3. §. 1. ff. de oblig. & act. §. ſequens. 1. Inſtit. de oblig. l. ab emptione. 58. in fin. ff. de pact. & l. non omnis. 19. pr. ff. de reb. credit.* (c) *ut ex ſequentibus enunciatis, & eorum fundamentis patebit.*

Nominatus contractus eſt, cujus ſpeciale & proprium nomen Iure 2
Civili proditum, id eſt, inventum vel comprobatum eſt: ut emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, mandatum, ſtipulatio, &c. Innominatus contractus eſt, cui jus civile, ſpecialem & propriam appellationem haud impoſuit, (a) cujus generis etiam eſt permutatio. (b)

a) *l. In quam. 3. ff. de præſcript. verb. junct. l. 1. §. fin. dict. l. Iuriſgentium. 7. §. 1. ff. de pact.* [b] *l. 1. §. item emptio. ff. de rerum permutat. l. naturalis 5. §. 1. ff. de præſcript. verb.* vide Iohan. Vaudum *libr. 1. quæſt. var. cap. 25.* Excellentiſſ. Dn. Beſold. *part. 1 delibat. ad libr. 2. ff. quæſt. 13.* Mantica. *de tacit. & ambig. convention. lib. 1. tit. 8.*

Contractus ultrò citroque obligatorius eſt, ex quo mutua obliga- 3
tio naſcitur: Græci συναλλαγμα διπλᾶ vocant, ut emptio, venditio, locatio, conductio, mandatum, ſocietas. Ab altera tantum parte obligatorius contractus eſt, mutuum, ſtipulatio, &c. Græci συναλλαγμα appellant μονόπλευρον.

§. *Vnde in his cauſis*, *Inſt. de Auth. tut. leg. 2. ff. de oblig. & act. §. ult. Inſt. de oblig. ex conſenſu*, *l. Labeo. 19. ff. de Verb. S.* Cujac. *in l. 1. in pr. ff. de V. O. vid. me in tract. ad l. contractus. 23. ff. d. R. g. Iur.* contractus an propriè dicatur, qui ultrò citroque non parit obligationem. Vide Manticam. *de tacit. & ambig. convent. lib. 1. tit 3.*

4 Iuriſgentium contractus eſt, qui Iure gentium introductus & formatus, (*a*) Iure autem Civili propter ejus utilitatem & frequentem uſum comprobatus eſt. (*b*)

a) *l. Ex hoc jure. 5. ff. de Inſt. & Iur. §. 1. verſ. & ex hoc Iuregentium Inſt. de jur. natur. gent. & Civ.* (b) §. *vendita verò Inſtit. de R. Diviſ. & §. omnium autem. ibi*, *aut certè jure civili comprobatæ ſunt*, *Inſtit. de oblig.* Dn. D. Beſold. *in præcognit. ff. ad tit. 1. libr. 1. leg. 5. quæſt. 5.* Quomodo verò contractus bonæ fidei à contractibus ſtricti juris diſtinguantur. Vide Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 1. tit. 9.*

5 Atque hic contractus, vel ſolo conſenſu perficitur, vel re conſtituitur.

§. *Fin. Inſt. de oblig. l. 1. §. 1. l. obligamur. 52 ff. de oblig. & act.*

6 Contractus ſolo conſenſu perfici dicitur, ad cujus perfectionem ſolus conſenſus, [*a*] de re quadam interpoſitus [*b*] ſufficit: unde neque verba, neque rei traditionem, neque literas, neque contrahentium præſentiam, ad ſui formationem, deſiderat: proindeque inter abſentes, per epiſtolam, vel nuncium, [*c*] quin imò ſolo nutu, etiam à mutis, [*d*] & ſurdis, [*e*] fieri poteſt

a) *l. 2. §. 1. ff. d. t. Inſt. de oblig. ex conſenſu*, *in princ.* (b) *l. 2. §. 1. ff. de contrab. empt.* [c] *d. l. 2. §. 1. ff. de oblig. & act Inſt. de oblig. ex conſenſu*, *l. ſi ſtipulor. 35. in fine. ff. de verb. oblig.* [d] *l. item quia. 4. §. ſecundum*, *ff. de pact.* Sed vide Connan. *libr. 7. Comment. cap. 6. num. 3.* [e] *l. in quibuſcunque. 48. l. obligamur*, *52. in fin. ff. de oblig. & action.* In dubio tamen qui contractus cenſeatur celebratus oſtendit Mantica *dict. tract. lib. 2. tit. 12.*

7 Si tamen convenerit inter contrahentes, ut ſcripturâ conficiatur contractus, non intelligitur perfectus, antequam omnibus numeris ſcriptura fuerit completa.

l. Contractus 17. Cod. de fide inſtrum. & §. 1. Inſt. de empt. & vend. Vide Vaſquium. *lib. 21. de ſucceſſ. & ult. voluut. §. 11. num 13. & §. 25. num. 22.* Cævallos *commun. opin. quæſt. 90. & 91.* quæ autem ſit contractus ſubſtantia, natura, & accidentalia abſolutè tradit Mantica *dict. loc. tit. 12. 13. & 14. libr. 1.*

8 Hujus autem contractus ſpecies ſunt quatuor: emptio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum.

Inſt.

Inſt. de oblig. ex conſenſu, l. 2. in pr. ff. de oblig. & act. §. unde in his cauſis, Inſt. de Autor. tut. alii annumerant matrimonium, conſtitutum, donationem & hypothecam, ſed malè.

Emptio & venditio eſt contractus, ſolo conſenſu initus de merce 9
cum pretio numario commutanda. [a] Ejuſque partes duæ ſunt, una eſt venditio, altera emptio. [b]

a) *l. 1. In princ. & §. 1. l. nec emptio 8. in princ. l. pacta conventa, 72. ff. de contrah. empt. & vendit. l. 1. in princ. ff. de rerum permut. §. 1. verſ. precium autem, & §. item precium, 2. Inſtit. de empt. & vend.* Si igitur erret emptor aut venditor in materia, corpore vel precio, cùm error conſenſum excludat, emptio non perficitur. *l. in venditionibus. 9. in princ. ff. de contrah. empt.* Cujac. *libr. 2. obſervat. c. 4.* vide eundem Cujacium & Donell. *in l. ſi id quod 22. ff. de verbor. obligat.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 3. tit. 4.* [b] *d. leg. 1. §. 1. in fine, ibi, aliud eſt vendere, aliud emere, d. l. nec emptio 8. in pr. ibi, nec emptio nec venditio, l. rem alienam 28. ibi, nam emptio eſt, & venditio, l. alioquin 11. in fine, ibi, nulla emptio, nulla venditio eſt, ff. de contrah. empt.* Et patet exeo, quod alia emptori, alia venditori actio datur, §. *ſed & certum. 1. verſ. emptore quidem. Inſt. de contrah. emption. & vendit. rubric ff. & Cod. de act. empt. & venditi.* Anton. Faber. *libr. 6. conject. c. 9.* Nomine tamen venditionis ſignificatur totus contractus, ut & nomine emptionis, *l. veteres. 19. ff. de actio. empti & vend.* Donell. *lib. 13. Comment. Iur. Civil. c. 1. pag. 131.* Connan. *lib. 7. Commentar. c. 6. num. 2.* Vide Manticam. *de tacit. & ambig. convent. lib 4. tit. 1.* Vbi *tit. 2.* oſtendit quomodo differat vendere & vendenti conſentire.

Venditio eſt, quâ venditor de merce tradenda, emptori conſen- 10
tiens, eundem ad precium dandum, & acceſſiones quaſdam, ſibi obligat.

l. Iulianus 13. §. ex vendito actio, & §. veniunt autem, ff. de act. empti & vend. l. 2. §. ult. ff. de Oblig. & Act. §. ult. Inſt. de oblig. ex conſenſu l. curabit. 5, l. venditi 6. l. fructus 13. C. de action. empt. & vend. l. ult. ff. de pericul. & commod. rei vendit.

Conſenſus cum hîc ſit neceſſarius, non valet venditio, ſi in corpo- 11
re ſive materia contrahentes errent; Non item ſi errent ſaltem in qualitate, vel nomine.

l. In venditionibus. 9. in princ. §. inde quæritur, §. ſi in nomine, & ſeq. l. quid tamen, ff. de contrah. empt. l. ſi ſterilis 21. §. 2. ff. de act empt. vendit. l. certum eſt, 6. ff. de reb. credit. Nec ex promiſſione vendendi venditio celebratur. Mantica *dict. lib. 3. tit. 3.*

Eſt autem circa venditionem triplex inſpectio. Rei quæ venditur, 12
pactionis, quæ venditioni accedit; & obligationis, quæ ex venditione naſcitur.

13 Res quæ venditur, merx appellatur; (a) quæ in tantùm requiritur, ut nec emptio, nec venditio sit sine re, quæ veneat: (b) Vnde si consensum fuit in corpus, quod in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est: (c) & si pars maxima antè perierit, non compellitur emptor perficere emptionem. (d)

a) *l. 1. In fine. ff. de contrahend. empt. vendit. l. 1. in princ. ff. de rerum permut.* [b] *l. nec emptio. 8. in princ. ff. de contrab. empt. & vend.* [c] *l. etsi consensum 15. ff. d. t.* [d] *l. domum. 57. & l. seq ff. eod.* Sunt quæ obstare videntur, ad quæ respondit Cujac. *in Commentar. in lib. 10. quæst. Papin. pag 237. &* Connan. *lib. 7. c 6. num. 7. Commentar.*

14 Est autem res, quæ venditur ejusmodi, ut jure liceteque vendi possit: vel talis, ut ejus venditio non consistat. Regulariter licitè & jure vendi res potest, quàm quis vel habere, vel possidere, vel persequi potest, (a) sive sit corporalis, sive incorporalis, ut hereditas & actio, (b) item annuus census: (c) propria vel aliena, (d) præsens vel futura, ut fructus, itemque partus: Quin imò spei sive aleæ venditio est. (e)

a) *l. Si in emptione. 34. §. 1. ff. de contrab. empt.* [b] *t. t. ff. & C. de heredit. vel action. vend. l. si aquæductus. 47. ff. de cont. empt l. arborib 12. §. usufructuarius, l. non utitur. 38. ff. de usufruct. l. necessariò 8 §. fin ff. de pericul. & commod. rei vendit.* [c] *vide Recess. Imperii de Anno 1548. tit.* Von wucherlichen Contracten / Andr. Gail. *lib. 2. observ. 7.* Henningium Gœden. *consil. 80.* [d] *l. rem alien. 28. ff. de contr. empt. vide* Connan. *lib. 7. Comment. c. 6. n. 11.* [e] *l. nec emptio. 8. in pr. & §. 1. d. tit. & l. si jactum 12. ff. de act. empt. & vend.*

15 Quæri hîc potest: an jus primogenituræ (vel uti auff dem Schwartzwald die Vorsitz Gerechtigkeit) vendi possit, patre adhuc superstite: Affirmat Panormitan. *consil. 85. col. ult. lib. 1. & consil. 3. libr. 2.* Iason. *in l. pactum. C. de pact.* & alii quos allegat Tyraquell. *de jur. primogent. quæst. 29. Idque exemplo Esau:* Alii negant, Bart. *consil. 72.* Imol. & Roman. *in l. stipulatio hoc modo. ff. de verb. oblig.* Idque ob prohibitum successionis pactum, ad hoc tamen alii respondent, quod facilius cedi possit primogenitura, quia est contra jus naturale, in quàm posteriorem sententiam inclinat Tyraquell. *dict. loc.* alii dicunt, quod facilius cedi possit, alii considerant an ex familia alienetur, quod zu der Vorsitz Gerechtigkeit non pertinet.

16 Sed hereditate vendita quæstionis est, an etiam jus accrescendi venditum intelligatur? Id quod nos credere haud possumus.

Per l. 2. §. 1. ff. de hered vel act. vendit. facit l. 43 ff. de vulgar. & pupill. substit. l. 2. C. de legat. & l. 2. C. de hered. vendit. l. quia perinde. 42. §. 1. ff. ad Senatusconsl. Trebellian. vide Cujac. *libr. 12. observat. cap. 13. & lib 3.*

NOTAR.

Digitized by Google

notat. Anton. Mercat. *cap. 12.* vid. Dn. Harpprecht. *ad §. ult. nu. 23. Inſt. de empt. vendit.* Contrarium ſentit Arum. *exercit. Iuſtin. 14. theſ. 7. & diſput 13. ff. theſ. 15.* vid. Cævall. *quæſt. 69.* & Fachin. *libr. 8. cap. ult. & lib. 10. cap. 3. & 69.* in venditione hereditatis quid quale, quantum comprehendatur, oſtendit Mantica. *de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 10. ubi tit. 11. quæſtionem theſ. examinat.*

Et quamvis nemo cogi poſſit, ut invitus rem vendat propriam, *(a)* 17
ſi tamen Reſpublica vel civitas aliqua prematur annonæ inopia, etiamſi quis merces venales non expoſuerit, nec eas publicè venditioni obtulerit, nihilominùs ad vendendum compelli poteſt, & quidem juſto precio â Magiſtratu definito. *(b)*

a) *l Invitum., 11. C de contr. empt.* abſolutè Excellentiſſ. Beſold. *in p. 1. delibat. ad lib. 1. ff. quæſt. 44.* [b] Mynſ. *cent. 5. obſervat. 27.* & Roland. à Valle *conſil. 1. num. 72. vol. 2.* Speckhan. *cent. 3. claſſ. 1, quæſt. 17.*

Merx autem ſive res, quæ licitè vendi poteſt, vel ad corpus ſive ſpe- 18
ciem venditur, (quod averſione veniſſe dicimus) vel ad quantitatem, hoc eſt, ad pondus, numerum, vel menſuram venditur.

l. quòd ſæpè 35. §. in his, & §§. ſeqq. & l. qui officii, 62. §. ult. ff. de contrahend. empt. vendit. l. 4. §. 1. & 2. ff. de peric. & commod. rei venditæ. Cujac. *in notis ad Inſtit. 1. de empt. & vend.*

Ad corpus ſive ſpeciem res vendi dicitur, ſi conventio, à corpore ſi- 19
ve ſpecie, incipiat, unumque precium, pro ipſo corpore, ſive ſpecie exprimatur, licèt quantitas poſtea ſubjiciatur, veluti vendo tibi fundum Tuſculanum florentis centum, qui fundus eſt jugerum decem. Item vendo tibi, hunc acervum frumenti, florenis Ducentis, qui acervus eſt ducentorum & quinquaginta modiorum.

d. l. quod ſæpè 35. §. in his & ſeq. ff. de contrahend. empt. l. 2. C. de peric. & commodo rei venditæ. Arius. Pinel. *in C. de reſcind. vend. part 3. c. 2. num. 3. 4. & ſeqq. In dubio an venditio ad corpus vel menſuram facta cenſeatur. vide Manticam de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 17.*

Et hoc modo facta venditione, licet major quantitas rei venditæ 20
appareat; tamen precium non augetur; niſi res ea notabiliter major fuerit. Sin minor reperiatur quantitas, precium non minuitur, niſi defectus fuerit magnus.

l. ſi ſervum 4 §. ult. l. ſi in qualitate, 22. l. ſi venditor, 38. in pr. l. ſi duorum, 42. ff. de act. empt. & vend. juncta l. res bona fide, 54. ff. de cont. empt. & vend. Pinel. *d. c. 2. n. 10.*

Ad quantitatem res vendi dicitur, ſi conventio à quantitate, veluti 21
pondere, numero aut menſura incipiat, & pro ſingulis ponderibus, numeris vel menſuris ſingula precia exprimantur. Item ſi venditio inci-

piat quidem à corpore, sed precium exprimatur pro singulis mensuris, numeris aut ponderibus.

d. l. 2. C. de periculo & commod. rei vend. Pinel. *dict. c. 2. num. 3. 4. & seqq.*

22 Et hoc modo venditione facta, conditionalis est venditio, quæ perfecta non dicitur, antequam res adpensa, adnumerata, vel admensa fuerit. Proindeque periculum, quod interim rei accidit, non emptoris, sed venditoris est. (a) Etsi major rei quantitas inveniatur, intra designatos limites, aut in vasis, id quod abundat; venditum quidem intelligitur, sed precium omninò supplendum est. (b) Si minor quantitas reperiatur, precium minui debet. (c)

a) *d. l. quòd sepè. 5. in his ff. decontrah. empt.* (b) *d. l. 2. C. de periculi. & commod. rei vend. d. l. si duorum. 42. ff. de actio. empt. & vend.* Pinel. *d. c. 2. num. 18. Dicit tamen Cavalcan. in tract. de tutor. & curat. sect. 5. num. 38. fol. 162.* Si in aliquo instrumento reperitur aliqua quantitas certa, expressa cum Clausula salvo jure æstimationis mensurationis, &c. quòd nihilominus hujusmodi instrumentum dicatur liquidum & meretur executionem in pro parte expressa, donec de contrario infra legitimum tempus per excipientem non fuerit edoctum, quod intelligo: si traditio subsecuta fuerit, ubi quoque ait hanc mensurationem & æstimationem intra 60. dies fieri debere, aliàs censeri summam Instrumenti à contrahentibus approbatam. (c) Pinel. *eod. c. n. 9.*

23 Porrò merx sive res, quæ jure in venditionem non cadit, ita comparata est, ut vel omninò exempta sit commercio, vel à quibusdam vendi nequeat, vel aliquibus vendi non possit.

24 Omninò exempta est commercio, res publica, sacra, sancta, religiosa, liber homo (præterquam quod parentes propter nimiam ægestatem, sanguinolentos, hoc est, recens natos, & ab utero materno adhuc rubentes liberos, vendendi jus habent) (a) respublica, quæ usibus populi exposita est: res furtiva, (b) litigiosa, (c) fundi dotales (d) res feudales, traditione interveniente, (e) & emphyteuticæ, (f) domino irrequisito: venenum, malum nocivum; (g) materiæ domus dirutæ à domino, quo plus, ex singulis rebus acquirat: (h) annona militaris, & frumentum publici Canonis: (i) itemque Eunuchi Romani. (k)

a) *l. 1. & 2. Cod. de parent. qui fil. suos distra.* (b) *l. 4. l. 5. l. sed Celsus. 6. l. si in Emptione. 34. §. omnium, 1. & §§. seqq. & l. qui officii. 62. ff. de contrab. empt. l. sancimus. 21. C. de SS. Eccles. §. ult. Inst. de empt. & vend.* (c) *l. 13. ff. famil. ercisc. & t. t. C. de litig.* ubi Cujac. *in par.* (d) *l. unic. §. pen. & ult. C. de rei uxor. act. §. 1. Inst. quibus alien. licet vel non.* (e) *c. un. de*

un. de prohib. feud alien. per Lothar. c. nn. in pr. verſ. callidis, ibi feudum vendunt, & in a ios transferunt, de prohib. feud. alien. per Frid. (f) *l. fin. C. de jure Emphyt. vid. latißime* Corbul. *de jur. Emphyt. c. 14.* (g) *l. quod ſæpè. 35. §. veneni ff. de contrab. empt.* (h) *l. Senatus. 52. ff. d. t.* Cujac. *in Commentar in lib. 54. Pauli ad edictum, pag. 56. & ſeq.* (i) *l. 3. & 4. C. quæ res vend. non poſſunt,* (k) *l. 1 & 2. C. de Eunuch. De hiſce rebus hic propoſitis,* vide quoque Connan. *lib. 7. c. 6. n. 12.*

Et licèt ejuſmodi rerum venditio emptori ſcienti facta, nulla ſit, (*a*) 25
venditis tamen iis ignoranti emptori, venditio contrahitur; proinde-
que venditor ab emptore convenirì poteſt, in id, quod ipſius interfuit ne
deciperetur, (*b*) verùm ipſa venditio non tenet. (*c*)

a) *l. ſed Celſus. 6. l. ſi in emptione. 34. §. omnium rerum. 1. & §. item ſi l. liberi. 70. ff. de contrab. empt.* (b) *l. 4. d. l. liberi. 70. ff. d. t.* (c) *l. qui officii. 62. §. 1. ff eod.* Cujac. *in Commentar. in lib. 33. Pauli ad edictum, pag. 153. & ſeq.*

Res, quæ à quibuſdam vendi non poteſt, purpura eſt, cujus vendi- 26
tionem conſtitutiones privatis interdixerunt.

l. 1. & 2. C. quæ res vendi non poſſunt Connan. *lib. 7. commentar. Iur. Civil. c. 7. n. 1.*

Ejuſdem quoque generis eſt res immobilis pupilli, vel adoleſcentis, 27
quippe, quæ ſine Magiſtratus decreto, à tutore vel curatore venire pro-
hibita eſt: (*a*) ut & res, quam procurator adminiſtrat, ſine domini ſpe-
ciali mandato rem ipſius vendere nequeat, (*b*) niſi generale mandatum,
cùm libera, & plana rerum adminiſtratione habeat. (*c*)

a) *t. t. C. de prad. & aliis reb. min. non alien. ſine decreto.* vide & Fi-
chard. *conſil. 50. lib. 2.* Schæffer. *quæſt. 2. ubi latè tractat.* an res hypothe-
cata in domo vel ſalia re immobili pupillo competens alienari abſque de-
creto poſſit. Requiſita hujus alienationis ſunt: [1] quod fiat ob cauſam
neceſſariam & inevitabilem, veluti ſi æs alienum urgeat, vel ſi poſſeſſor,
rei cum pupillo communis, partem ſuam vendere velit; Nec admittitur
tutoris allegatio, quod pupillo expediat hæc prædia vendere, quam-
vis non ſint fructuoſa, & cauſæ hæ debent probari; quamvis in Camera
aliquando Tutoribus injunctum, ut hoc juramento aſſeverent. [1] Re-
quiſitum cognitio judicialis & Decretum quod in Camera interponitur
ſi pupillus ſit immediatus. vid. Fichard. *dict. conſ. 50. lib. 2.* Pupillen Ord-
nung in Hertzogthumb Würtemberg. adde Manticam *de tacit. & ambig.
convent. lib. 4. tit. 6. Vbi tit. 7. agit de alienatione rerum Eccleſiæ, & tit. 8.
de alienatione rerum civitatum.* (b) *l. ſi in emptione 34. §. fin. ff. de contrab.
empt. l. procurator 63. ff. de procurat.* (c) *l. procurator. 58. ff. d. t.*

Res, quæ aliquibus vendi non poteſt, eſt res emptoris propria, item 28
ferrum

ferrum factum, vel infectum: tum etiam vinum, oleum, garum, mancipium Christianum, prædium provinciale.

29 Pater non potest alienare res maternas sine necessaria causa, & talis si adsit causa, tunc decretum non est necessarium, ut communiter sentiunt, *vid. l. fin. C. de bon. quæ liber.*

30 Potest tamen bona materna distrahere, quæ tempore pereunt, quæ sine utilitate sumptuosa, *l. Arist. 5. ff. de jure deliber.* Item hoc potest quando filio utilius idque ideo quia quando in aliquo casu requiritur solennitas favore alicujus personæ, valet actus absque ea solennitate, si reperiatur utilis, tali personæ.

31 Et cogitur emptor legitimam probare causam, ubi enim regula juris est prohibita, non statur confessioni testantis vel contrahentis. Pinel. *de bonis matern. leg. 1. part. 3. n. 21.*

32 Si quis enim vendat rem, quæ ejusdem est emptoris, non contrahitur venditio; & solutum precium condici potest: *(a)* nisi fortè dominium ejus rei aliquo casu auferri possit, *(b)* vel sub conditione venditio fiat. (c)

a) *l. suæ rei. 16. ff. de contrab. empt. l. 4. C. eod. l. servum. 37. ff. de condict. indeb.* (b) *dict. l. cum res. 4. C. de contrab. empt.* (c) *d. l. suæ rei, 16. ff. de contrab. empt. l. qui servum. 96. ff. de verb. oblig.*

33 Prohibentur quoque Romani barbaris vendere ferrum factum vel infectum, ne armis instructi validiores reddantur: ut & oleum, vinum, garum; quos liquores, ne quidem degustationis causâ ad barbaros transferre licet, ne illorum dulcedine illecti, promptius Romanorum fines invadant.

l. 1 & 2. Cod. quæ res exportari non deb. ubi Sichard. & Cujac. Sic statuto Würtembergico cautum est, ne quis subditus, prædium aliquod provinciale forensi vendat, Lands-Ordnung / *tit.* Das niemandt keinem / so nicht vnder vnsers Fürstenthumbs Obrigkeit gesessen / einig liegend Gut zu kauffen gebe / *fol. 35* Landt. *fol. 264.* cujusmodi statutum favorabile est vide Alexand. *consil. 116. num. 8. vol. 6. pag. 81.* & And. Gail. *lib. 2. obs. pract. obs. 19. num. 2.* de hoc statuto vid. Dn. D. Besold. *in disput. 2. Iur. VWürtemberg. th. 44. & th. 100. ubi plures allegati.*

34 Est & illud hic notandum, quòd illi, qui officium administrant, ex eo neque per se, neque per suppositas personas frumentum, vinum, vel quid aliud emere possunt, nisi hoc eis specialiter concessum fuerit. [a] Vnde nec tutor, nec curator, nec procurator rem pupilli, vel adulti, vel domini sui emere potest. [b] Palàm tamen & bona fide tutor, itemque curator pupilli & adulti rem, quæ distrahi potest, rectè emit. [c]

a] *l. non licet. 46. ff. de contrahend. empt. l. 3. C. si cert. petat.* [b] *l.*

fin. in

Digitized by Google

ſi in emptione. 34. §. final. ff. de contrab. empt. & vendit. l. 5. §. ipſe tutor. ff. de autor. tutor. [c] *l. cum ipſe. 5. C. de contrab. empt. & vend. l. tutor verum 56. ff. de admin. tutor. d. l. 5. §. ſanè ff. de autor. tutor.*

Neque hoc loco id prætereundum putamus, quod ad vitandam annonæ caritatem, Magiſtratus cavere poteſt, ne quis ultra próprium uſum annonam emat, ut eam quæſtus & lucri cauſâ revendat. 35

l. 1. ubi Salycet. C. de Epiſcopal. audient. quem refert & ſequitur Gomez. *in Commentar. juris civilis tom. 2. c. 7. n. ult. verſ. ſecundo infero.* Ita cautum eſt ſtatuto Würtembergico Lands-Ordnung / *tit.* vom ſchädlichen Fürkauff.

Succedunt pactiones, quæ venditioni adjiciuntur. Et licitè venditioni adjicitur in diem addictio, quæ eſt pactum, quo res venditur hac lege, niſi quis intra diem certum meliorem conditionem adjecerit, veluti plus precii, aut ſolutionem faciliorem, aut maturiorem obtulerit. 36

Tot. tit. ff. de in diem addict. de hoc pacto vide Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 28. per tot.*

Licitè quoque venditioni adjicitur lex commiſſoria, quæ eſt pactum de reſolvenda venditione, niſi intra certum diem precium fuerit ſolutum. 37

Tot. tit. ff. de lege Commiſſoria. Vide Manticam *dict. lib. 4. tit. 29. per tot. ubi eleganter.*

Similiter licitè venditioni adjicitur, pactum de præſtandis precii uſuris, à tempore contractus: (a) Item ut venditori quandoque rem venditam redimere liceat. (b) Vel ne alienetur, vel fundi facies mutetur. (c) 38

a) *l. 5. C. de pact. inter empt. & vend.* (b) *l. 2. Cod. d. t.* Mantica *dict. loc. tit. 31. ubi* pactum retrovendendi abſolutè tractat. *& tit. ſeqq.* (c) Georg. Everhard. *lib. 1. conſil. 21.*

Sed improbatur jure pactum, quo agitur, ne onus cenſus, quem fundus, qui venditur, fiſco aut reipubl. debet, emptorem ſequatur. 39

Tot. tit. C. ſine cenſu vel reliquis fundum compar. non poſſe.

Sequitur de obligatione, quâ venditor ſibi emptorem obſtringit. Ejus autem affectio duplex eſt. Debitum, quod continet, & actio, quæ inde venditori competit. 40

Debitum quod ea obligatio continet, eſt omne id, quod ex æquo & bono venditori ab emptore, præſtari oportet: (a) Eſtque principale, vel acceſſorium. (b) 41

a) *l. 2. §. ult. ff. de obl. & act. §. ult. Inſt. de Obligat. ex conſenſu* (b) *l. proindè 33. in princ. ff. de ædilit. edict.*

42 Principale debitum est, datio precii; quippe cum precii dominium in venditorem transferendum sit.

l. Ex empto 11. ff. de act. empti. l. 1. in princ. ff. de Rer. Divis. l. cùm servus 94. in princ. ff. mandati. Mantica *de tacit. & ambig. convent. libr. 4. titul. 19.*

43 In precium autem venditori imputatur arra, si quam in nummis emptor dederit.

l. ultim. ff. de lege commissoria.

44 Sed non antè venditor precium petere potest, quàm emptori mercem tradiderit, vel obtulerit.

l. Qui pendentem. 25. ff. de action. empt. l. purè 5. §. si servus, ff. de dolo except. Cujacius *lib. 23. observ. c. 13.* Nisi quis jactum retis à piscatore, vel indaginem plagis piscis à venatore, vel Panthera ab aucupe emerit, piscator verò, vel venator, vel auceps nihil ceperit. Hisce enim casibus nihil ad emptorem pertinet; is tamen venditori precium numerare tenetur, *l. ex empto 11. §. ult. ff. de action. empt. vendit.* Vultej. *libr. 1. Jurisprud. cap. 35. num. 8. pag. m. 189.*

45 Accessorium debitum est, quod ultra precium, obligatione venditionis continetur. Estque naturale vel conventionale.

Hotom. *lib. quæst. illustr. quæst 36.*

46 Naturale debitum est ejusmodi, quod venditionis qualitas & vis naturalis, sine contrahentium pactione parit; ut est usura precii, mora interveniente: (*a*) sumptus in rem venditam ante ejus traditionem facti; (*b*) venditionis ex certis causis rescissio: & ut mercem venditam emptor tollat. (*d*)

a) *l. Curabit. 5. l. fructus 13. C. de action. empti. l. Julianus. 13. §. venùnt ff. eod. tit. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* imò etiam mora non interveniente, ob naturalem æquitatem quæ ex fructuum perceptione oritur, *l. curabit. 5 Cod. de action. empt.* & in hoc casu forte committitur mora sine interpellatione. *Vide tamen, l. 13. Cod. d. t.* Sed an usura precii solvenda sit, si emptor nullos fructus ex re empta tradita percepit? quæstio controversa est. Negativa autem veritati propior videtur, de qua vide Fachin. *libr 2. controv. cap 31.* (b) *dict. l. 13. §. præterea, ff. de action. empt. l. post perfectam. 16. C. eod. tit.* (c) *l. 2. §. 8. 10. Cod. de rescind. vend. c. 3. & pen. extra de empt. & vend. d. l. 9. ff. de action. empt. l. 1. §. licet ff. de peric. & commod. rei vend.* (d) *De quibus in l. quæsitis 29. & ll. seqq. ff. de contrahend. empt. & vendit. l. 2. in fin. C. de action. empt. l. 1. Cod. de perec. & commod. rei vendit.* Donellus *lib. 13. Comment. cap. 5. pag. 149.*

47 Potest tamen emptor impunè precii solutionem retardare, si de re vendita sibi lis mota sit (*a*) vel notorium & manifestum fuerit, quod

res

res ſit aliena, (*b*) niſi venditor fidejuſſionem idoneam de Evictione offerat. (*c*)

a) *l. Si poſt. 24. C. de Evict. l. habitationum 18. §. 1 ff. de perit. & commod. rei vend.* ita ut nec ad uſuras teneatur Mynſ. *cent. 4. obſerv. 56.* (b) *gl. in §. 1. noviſſimè, in verb. præſtat,* ubi quoque vide Ang. *Inſtit. de ſuſp. tut.* Wurmbſ. *lib. prax. obſ. 1. de empt. & vend. obſervat. 2.* Fürſtl. Würtemb. *Landrecht. pag. 271. in princip.* (c) *d. l. ſi poſt. 24. C. de Evict. d. l. habitationum. 18. §. 1 ff. de per. & com. rei vend. l. fin. §. 1. ff. de reſcind. vend. vide addit. ad d. gl. in §. noviſſimè Inſt. de ſuſpect. tutor.*

Et licèt emptor precii non ſoluti uſuras præſtare teneatur, non tamen omninò quod venditor mora non facta, conſequi potuit, pendere cogitur, ut quòd venditor negociator, precio ſoluto, ex mercibus quærere potuerit. 48

l. ult. ff. de pericul. & commod. rei vend. Sed. vide Mynſing. *centur. 4. obſervat. 56.*

Eos quoque duntaxat repetere venditor ſumptus poteſt, quos emptor veriſimiliter impendiſſet. 49

Dict. l. Iulianus. 13. §. præterea ff. de actio. empt. & dict. l. poſt perfectam. 16. C. eod. tit. Donell. *lib. 13. Comment. cap. 5. pag. 149.*

Cauſa autem ex qua venditionis reſciſſio jure fieri poteſt, eſt læſio. Vt ſi venditor dolo emptoris rem minoris vendiderit, &c. (*a*) vel nec dimidia quidem juſti precii mercem diſtraxerit, veluti ſi fundum qui tempore contractus valet florenis viginti, vendiderit florenis novem aut octo: Quo tamen caſu emptor ſi venditionem reſcindi nolit, ad æqualitatem, numerando & ſupplendo juſtum precium, reducere venditionem poteſt. (*b*) 50

a) *l. Si dolo. 5. d. l. ſi voluntate. 8. in princ. & l. dolus. 10. C. de reſcind. vend.* de controverſiis quæ in diſtrahendis rebus minorum poſſunt accidere. Vide Manticam *d. tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 6.* (b) *l. 2. l. 3. in fine. C. d. t. c. 3. & pen. extra de empt. & vend.* Gomez. *Tomo 2. cap. 2 numer. 22. variar. reſolut.*

Quòd ſi etiam emptor mercem, veluti vinum emptum non tollat, & venditoris interſit inania eſſe vaſa, ut ſi locaturus ea fuiſſet, vel neceſſe habuit alia vaſa conducere, mercedes quoque vaſorum, obligatione venditionis continentur. 51

l. 1. §. licet ff. de pericul. & commod. rei vendit.

Conventionale venditionis debitum eſt, quod ex contrahentium pactione, venditioni incontinenti adjecta proficiſcitur: qualis pactio eſt in diem addictio, (*a*) lex commiſſoria, (*b*) pactum de præſtandis precii uſuris ex tempore contractus, (*c*) pactum de retrovendendo. (*d*) 52

a) *Tot. tit. ff. de in diem addict.* (b) *tot. tit. ff. de leg. commiss.* (c) *l. 5. Cod. de pact. inter empt. & vend.* (d) *l. 2. C. d. t. l. qui fundum, 75. l. fundi partem, 79. ff. de contrah. empt.* Re vendita cum pacto redimendi incrementum alluvionis, an pertineat ad eum qui redimit vel ad eum qui revendit. vid. Fachin. *lib. 2 controv. 6.*

§3 Sed an pactum de retro vendendo, & jus offerendi ullam proscriptionem admittat, ingens inter DD. conflictus est. Nos autem, ne quidem centum annorum præscriptionem, contra hujusmodi pactionem currere, si ita initum probetur, ut quandocunque precium offeratur, res retro vendatur, omninò statuimus.

l. 2. Vbi DD. C. de pact. inter empt. & vend. l. quod si nolit, 31. §. si quid ita venierit, ff. de adilit. edict. Mynsing. *cent. 1. observ. 16. & cent. 6. obs. 72. num. 20.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 18.* Covarruv. *libr. 1. resolut. cap. 9. numer. 6.* Francisc. Zoannet. *in tract. de empt. & vendit. num. 33. & seqq.* Cujac. *ad l. pignori, ff. de usucap.* Borcholt. *Tract. de usur. c. 6. nu. 8.* Berlich. *libr. 2. conclus. 2. num. 82. ubi plures refert.* Fachin. *libr. 2. controv. 19.* Dissentit Wesenbec. *consil. 2. num. 44.* Köppen. *quæstion. 1.* Si emptio hoc cum pacto celebratur, & precii modicitas concurrat, contractus usurarius censetur. Arum. *decis. 5. num. 3. lib. 2.* Quæritur an is qui revendere promisit, præcise compelli possit ad revendendum. vid. Fachin. *2. cap. 8.* vel præstando interesse liberetur, vide Arum. *decis. 13. lib. 1. ubi negat.* Q. Vtrum duobus vendentibus cum pacto redimendi liceat uni totum præcium offerendo rem redimere. Fachin. *lib. 2. c. 2.* Quæritur utrum minor 25. Annis emens rem cum pacto revendendi absque decreto judicis & aliis solemnibus ejusmodi pacto obligetur. Vid. Fachin. *2. cap. 3.* Fructus rei venditæ cum pacto redimendi ad quem pertineant. Fachin. *lib. 2. controv. jur. cap. 14.* Quæritur an sit audiendus ille, qui ex pacto redimendi intra certum tempus, si ante lapsum temporis precii pars soluta sit & post tempus elapsum redimere volens residuum solvere paratus sit. Vid. Fachin. *lib. 2. controv. c. 4.*

§4 Restat actio, quæ ex venditionis obligatione venditori competit, ut est actio venditi, (a) sive ex vendito, (b) quâ venditor adversus emptorem consistens, persequitur debitum, quod venditionis obligatione continetur. (c)

a) *Rubr. ff. & C de act. empt. & vend.* (b) *l. Iulianus 13. §. ex vendito act. ff. de act. empti. & §. pretium autem. vers. sed nostra decis. Instit. de empt. & vendit.* (c) *d. l. Julian. 13. §. ex vendito, & §§. seqq. ff. de act empt. & vendit.*

§5 Non probamus [a] eorum sententiam, qui scribunt de pactis venditioni adjectis, actionem præscriptis verbis competere, neque [b] illorum

Digitized by Google

rum opinionem, quâ tradunt in caſu l. 2. C. de reſcind. vend. concedi condictionem ex lege.

a] *per l. Iuriſgent. 7. §. quin imò ff. de pact. l. Imperator. 6. ff. de in diem addict. l. 4. in pr. ff. [illegible] commiſſ. l. qui fundum. 75. ff. de contrab. empt. l. tenetur 6. §. 1. ff. de [illegible]pt. & vendit.* [b] vide Cujac. *in Parat. tit. C. de reſcind. vend. in fine lib. 23. obſ. c. 32.* & Donell. *in d. l. 2. n. 16. C. de reſcind. vend.*

Rejicimus quoque eorum ſententiam, qui ex pacto de retrovendendo non perſonalem, ſed in rem actionem dari exiſtimant. (a) Item opinionem illorum, qui per traditionem ex venditione, cui ejuſmodi pactum adjectum eſt, non dominium & poſſeſſionem, ſed tantùm commoditatem percipiendorum fructuum, in emptorem transferri volunt. (b) §6

a) vide Mynſing. *cent. 6. obſ. 69.* Andr. Gail. *lib. 2. pract. obſ. 16. num. 3. & 4.* & Berlich. *lib. 2. conclus. 2. num. 12.* Dn. D. Beſold. *part. 2. I. WWürtt. th. 48.* Hartm. Piſtor. *lib. 1. quæſt. Iur. quæſt. 21. num. 7.* Fachin. *lib. 2. controv. c. 15.* & Bronchorſt. *cent. 1. miſcell. aſſert. 69.* (b) vide Zaſ. *conſ. 12. n. 34. lib. 1.* Mynſ. *cent. 6. obſ. 70.*

Emptionis venditionis pars prima expoſita eſt: ſequitur pars altera in emptione. Emptio eſt, quâ emptor de certo precio numerato venditori dando conſentiens, eundem ad ipſam mercem tradendam, ejuſque acceſſiones ſibi obligat. Vnde emptionem duo afficiunt, precii definitio, & obligatio, quâ emptor ſibi venditorem obſtringit. §7

Precii definitio eſt, quâ ejus quantitas in nummis certa exprimitur. Proindeque duo conjunctim in precii definitione requiruntur: Prius eſt, ut in numis (a) precium ſtatuatur, poſterius, ut certa (b) ejus quantitas definiatur. §8

a) *l. 1. §. 1. ff. de contrab. empt. §. item pretium. Inſt. de empt. & vend.* (b) §. *precium autem. verſ. ſed & certum. Inſt. d. t. & l. hæc venditio. 7. §. 1. ff. de contrab. empt.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 4. t. 19.*

Et in tantum nummi requiruntur, ut nec volente utraque parte, emptio ſine nummis contrahatur. §9

l. Inſulam. 6. ff. de præſcript. verb. l. ſed Celſus 6. §. 1. ff. de contrab. empt. facit l. 1. ex prætorio. 28. ff. de reg. Iur. l. contra 28. in pr. l. jus publicum. 38. ff. de pact. l. nemo poteſt. 35. ff. de legat. 1. l. ubi ita donatur. 29. ff. de mort. cauſ. donat. Arius Pinel. *in Rubr. Cod. de reſcind. vend. part. 2. c. 1. num. 11.* & Connan. *lib. 7. Commentar. cap. 5. num. 5. & 6.* ſed hîc, ut in omni contractu initium ſpectamus *l. ſi procuratorem. 8. in pr. ff. mandati l. ſi tantum 12. in fin. ff. ad Senatuſconſult. Maced.* proindeque ex poſt facto volenti venditori vice precii res alia dari

potest, l. precii 9. Cod. de rescind. vendit. l. manifesti 17. Cod. de solutionibus.

60 Hinc quæritur, an emptio contrahatur, si res taxata in quantitate certa, pro precio in exordio contractus dentur? Id quod contra communem negamus.

Per l. 1. §. 1. & l. 2. §. 1. l. pacta conventa 72. ibi, quoniam emptionis substantia consistit ex precio, ff. de contrah. emptio. junctis textib. præcedenti axiomati appositis. vide Arium. Pinel. *in d. Rubr. C. de rescin. vend. part. 2. c. 1. num. 10 & 11.* Obstare videtur. *l. 1. ibi licet non taxata quantitate. C. de rerum permutat.*

61 Similiter & illud celebris est quæstionis, si altera contrahentium pars, pro re alterius partis & nummos & rem aliam det utrum emptio vel permutatio contrahatur? Nos emptionem contrahi dicimus, si ea sit partium intentio, licet nummos res suo valore excedat: ut & si de partium mente non constet, pecunia autem rei, quæ simul datur, æstimationem vincat.

Vide Pinel. *in d. Rubr. C. de rescind. vend. parte 2. c. 2.* & Connan. *lib. 7. Comment. c. 5. num. 3. & 4.* Gomez. *Tomo 2. variar. resolut. c. 2. n. 10.* Covarr. *lib. 2. Resolut. c. 4. num. 9.* Schneidevv. *ad §. precium, num. 6. & seqq. Instit. de empt. & vendit.* Fachin. *lib. 2. controv. c. 44.* Imò si excellus pecuniæ sit magnus, & tertio ex emptione jus acquiratur, censetur venditio, quamvis partes exprimant permutationem. Pinel. *dict. c. 2. numer. 3. in fin.* Quid verò si utrumque par est, nec de mente contrahentium constat hoc in casu duplex censetur contractus. Pinel. *d. c. n. 9.*

62 Certam autem precii quantitatem exprimi & definiri dicimus, non tantùm si pecuniæ numerus (uno numo emptio fieri non potest) (a) confestim exprimatur, veluti florenis ducentis, sed etiam si aliqua idonea relatione, & demonstratione definiatur, quæ demonstratio ex præsenti, præteritove sumitur, aut ex futuro ducitur. Ex præsenti præteritove ducitur demonstratio, cum precium refertur ad quantitatem non expressam quidem verbis, sed quæ certo loco aut certa persona designatur: unde & illa quantitas re postea quæsita, certitudinem accipiat: veluti quanti tu emisti, vel quanti à testatore emptum est, vel quanti precii in arca habeo, (b) sive pro precio quod in arca habeo, quod postremum tamen controversia non caret. (c)

a) *l. si quis 46. ff. locati. l. si quis ante. 10. §. fin. ff. de adquir. vel amit. possess.* (b) *l. hac venditio. 7. §. 2. & l. si quis fundum 37. ff. de contrah. empt.* Donell. *lib. 13. Commentar. cap. 3. pag. 133.* (c) vide Arium. Pinel. *dict. part. 2. c. 1. n. 2, & 3. pag. 77.*

63 Ex futuro sumitur demonstratio idonea, cùm precium in alterius certæ

certæ perſonæ arbitrium confertur: veluti, fundus ille tibi emptus ſit, quanti eum Titius æſtimaverit: (a) aut cum precium refertur ad valorem, quanti certo tempore, vel loco res ejus generis fuerit. (b)

a) *l. ult. C. de contrab. empt. §. precium autem Inſtit. de empt. & vend.*

(b) Pinel. *ad dict. Rubr. C. de reſcind. vend. part. 2. cap. 3. num. 2. & ſeq.* Fürſtliche Würtembergiſche Lands-Ordnung/ *pag. 129. & ſeq. vide diſputat. ſequent. th. 54.*

Definitur etiam certa precii quantitas, ſi hac forma emptio fiat, eſto 64
mihi hic fundus emptus centum, & quanti pluris vendidero.

d. l. hac venditio 7. §. ult. ff. de contrab. empt. & vend.

Non autem valida eſt emptio ſi contrahentes perſonaliter dixe- 65
rint, quod eligent tertium, à quo precii nomine concordentur, vel ut à bono viro precium declaretur.

Pinel. *in d. Rubr. C. de reſc. vend. part. 2. c. 1. n. 4.*

Nec contrahitur emptio, ſi contrahentes dicant, quod poſtea motus 66
animi ſui circa precium concordare volent. Sie wöllen ſich deß Kauffſchillings halb hernach vergleichen.

Arius, Pinel. *dicto loco. infr. diſput. ſeq. th. 54.*

Vt nec valet contracta ſub hac forma: Duorum eligendorum, al- 67
terum abs te, alterum à me: neque facta emptio ſub illa forma, ut unus contrahentium eligat tertium, qui precium declaret.

Pinel. *d. c. 1. n. 6.*

Neque enim emptio reſultat ex hac conventione, ut res empta ma- 68
neat; juſto precio, ſeu pro precio, quod juſtum declarabitur.

Arius Pinel. *d. c. 1. num. 19. & aliquot ſeqq. Ex quibus tamen rationibus juſtum precium diſcerni poſſit, oſtendit Mantica de tacit. & ambig. convention. lib. 4. t. 20.*

Succedit emptionis obligatio, qua ſibi emptor venditorem obſtrin- 69
git: Illius autem affectiones duæ ſunt: Debitum quod continet, & actio, quæ ex ea emptori competit.

Debitum quod ejuſmodi obligatio continet eſt omne id, quod ex 70
æquo & bono emptori à venditore præſtari oportet. (a) Eſtque principale, vel acceſſorium (b)

a) *l. 2. §. ult. ff de oblig. & act. §. ult. Inſt. de oblig. quæ ex conſenſu.*

(b) *l. proinde 33. in pr. ff. de ædilit. edict.*

Principale ejuſmodi debitum eſt, traditio merciſ principaliter 71
emptæ, cujus ſi dominus fuerit venditor, facit & emptorem dominum.

l. ex empto. 11. §. 2. & §. in primis, l. ſervus 30. in fine, ff. de act. empti. & vend. l. ſi ita. 25. §. 1. de contrab. empt. vide Cujac. *in Comment. in lib. 33. Paull ad Edictum, pag. 148.* & Donell. *lib. 13. c. 5 pag. 142.*

Præ-

Digitized by Google

72 Præcisè autem venditor soluto vel oblato precio, (a) mercem tradere emptori tenetur.

a) vide Andr. Gail. *lib. 2. obs. pract. observ. 17.* (b) §. *alia autem donationes. vers. & ad exemplum, Inst. de donat.* §. *precium autem. verb. tradatur, Inst. de empt. & vendit. l. non est probabile. 6. C. de rescind. vend. l. venditi. l. si traditio. 4. C. de act. empt. & vendit. Paul. lib. 1. sent. t. 31. l. 1. in pr ff. de contrab empt. l. cum fundus 31, in pr. ff. si cert. pet.* Quod si emptio facta sit sub disjunctione, nempe hoc modo: Esto mihi emptus Stichus aut Pamphilus, in potestate venditoris est, quem velit dare: nisi emptor sibi electionem nominatim exceperit, *l. 34. §. penult. ff. de contrah. empt. & vend.* vide Cujac. *in Comment. in lib. 33. Pauli ad Edictum, pag. 155.* Arumæ. *dec. 13. n. 8. & 24. lib. 1.*

73 Etsi actio vendita sit, eam cedere sive mandare venditor emptori tenetur, hoc est, tenetur eam exercendam emptori committere, (a) quo facto ex persona venditoris ipsam exercere emptor potest, (a) atque ita ejus privilegio uti, (b) quamvis & ante cessionem utili actione adversus venditoris debitorem, emptor uti possit, at non cum privilegio venditoris. (d)

a) *l. 3. C. de Novat. l. qui filiafam. 14. ff. de heredit. vel act. vendit.* (b) *l. ult. C. quando fiscus vel privatus.* (c) *l. emptor. 5. C. de hered. vel act. vend.* (d) *l. postquam. 7. C. d. t. d. l. ultim. C. quando fiscus vel privatus.*

74 Quod si venditor rei tradendæ, vel actionis cedendæ, sive mandandæ facultatem non habeat, vel si habeat quidem, emptor verò non admodum urgeat eum ad mercem ipsam præstandam, in id quod interest tenetur: quod interdum egreditur precium, si pluris interest, quàm res valet, vel empta est.

l. 1. in pr. ff. de contrab. empt. l. cum fundus. 31. in pr. ff. si cert. petat. vide Gomez. *tom. 2. c. 10. de individ. n. 2. variar. resolution.*

75 Sed illa duntaxat utilitas in æstimationem venit, quæ circa rem ipsam consistit, non quæ extra rem est. Neque enim si negociari potuit vino emptor, & lucrum facere, id æstimandum est: non magis, quàm si triticum emerit, & ob eam rem, quod traditum non sit, familia ejus fame laboraverit. Nam precium tritici, non servorum fame extinctorum consequitur.

l. si sterilis. 21. §. cum per vendit. ff. de act. empti. l. ult. ff. de peric. & commod. rei vendit. vide Cujac. *lib. 9. obs. 6. 21.*

76 In æstimatione autem rei, si nulla mora intervenit, spectatur tempus judicati, ut quanti tunc fuerit, tanti venditor condemnetur.

Per l. 3. §. in hac ff. commod. l. hominem. 37. ff. mand. Cujac. *ad Affric. tract. 8. in d. l. 37. & in l. 59. ff. de verb. obl.*

Quod

Quod ſi per venditorem vini, vel alterius rei mora fuerit commiſ- 77
ſa, quo minus traderet, ſpectatur utro tempore pluris vinum, vel alia res fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur: item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agitur.

L. 3. §. ſi per venditorem. l. ſi ſterilis 21. §. cum per venditorem, ibi, quamvis creſcat ſi vinum hodie pluris ſit, ff. de act. empti. vide Cujac. *ad Affric tr. 8. in explic. l. hominem certum 37. ff. de mand. circa finem, & in dict. l. 59. ff. de verb. obligat. vide quoque* Hotom. *lib. quæſt. illuſtr. quæſt. 19. &* Duaren. *ad t. C. ſi cert. pet. cap. 8.*

Succedit emptionis acceſſorium debitum, quod ultra mercem prin- 78
cipalem obligatione emptionis continetur. Eſtque naturale, (*a*) vel conventionale. [*b*]

a) *l. Ex empto. 11. in fine, ff. de act. empt.* (b) *l. contractus 23. ff. de Reg. Iur.* Hotomann. *libr. quæſt illuſtr. quæſt. 36.*

Naturale ejuſmodi debitum eſt, quod emptionis qualitas & vis na- 79
turalis, citra conventionem adjectam producit, quale eſt id, quod ædibus emptis affixum eſt, & ad perpetuum earum uſum pertinet: ut & illud, quod eſt intra emptum fundum, & ad ejus perpetuam utilitatem ſpectat.

l. Iulianus 13. §. ultim. & quinque ll. ſeqq. ff. de act. empti. ſed vide *l. ſtatua 245. ff. de Verbor. Signif.*

Similiter empto equo debetur & ſella, itemque capiſtrum, pro 80
quo tamen famulus venditoris de conſuetudine quid exigere ab emptore poteſt, das Halfftergelt.

Vide poſt alios Iaſon. *in l. de quibus 32. num 82. ff. de LL. &* Coraſium. *libr. 2. Miſcellan. Iur. cap. 7. num. 11. & eſt text. in l. ædiles 38. in princ. ff. de ædilit. edict. facit, l. eum, qui 14. §. non ſolum 15. ff. de furt.*

Commodum quoque quod emptione facta ad mercem accedit, vi 81
emptionis naturali emptori debetur: ut fructus operæ, fœtus, partus, (*a*) & quod per alluvionem fundo empto accedit. (*b*) Item penſiones, ſi ager locatus fuit. (*c*)

a) *l. Fructus. 13. l. pen. C. de act. empt. d. l. Iulianus 13. §. ſi fructibus, 10. & §. ſi quid ſervo. 18. ff. eod.* (b) *l. id quod 7. in princip. ff. de peric. & com. rei vend.* vide Donell. *lib. 13. Commentar. Iur. Civil. cap. 4.* (c) *dict. l. Iulianus. 13. § ſi fructibus. 10. ff. de act. empt. vendit.*

Ex naturali quoque adjuncto emptionis debet venditor emptori 82
ſtipulationes quaſdam, veluti cautionem, rem emptori habere licere, (*a*) cautionem duplæ in rebus ſoli, vel precioſis: (*b*) & cautionem de morbis & vitiis rei venditæ: (*c*) quæ cautiones omnes ſunt nudæ repromiſſiones: (*d*) Niſi venditor re tradita precium pe-

Digitized by Google

tat eo tempore, quo jam dominii quæstio emptori moveri cœperat. (e)

a) *l. Exempto, 11. §. idem Neratius, ff de act empt. l. venditor, 8. ff. de evict.* Donell *lib. 13. cap. 4. pag. 146.* (c) *l. emptori 37. ff. dict tit. l. quod si nolit. 31. §. quia assiduum, ff. de edit. edict d. l. emptori, 37. ff de evict. & l. emptor. C. d. t.* (c) *l. itaque 32. ff. de adilit. edict. d. l. ex empto. 11. §. animalium. ff. de act. empto.* Donell. *dict. cap. 4. pag 147.* (d) *l. emptori 37. in princ. ff. de evict d. l. ex empto. 11. §. idem Neratius, ff de actio. empt. l. si venditor, ff. de edil. edict. juncta. l. sancimus. C. de verb. significat.* Donell. *dict. cap 4 pag. 146.* (e) *l. pen. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.*

83 Est & illud de naturali emptionis debito, quod perfecta emptione venditor, præter dolum etiam levem culpam in re vendita, nondum tradita, præstat; (a) nisi emptor in mora sit, quò minus sibi res tradatur, quo casu venditor duntaxat dolum præstat. (b)

a) *l. 5. §. Nunc videndum, ff. commod. l. quod sæpe, 35. §. si res vendita, ibi, bonus paterfam. ff. de contr. empt. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.* (b) *l. illud 17. ff. de peric. & commod. rei vend l. 14. ff. eod. tit.*

84 Periculum tamen rei venditæ, nec dum traditæ emptione purè facta emptoris est, non venditoris, unde venditi animalis mors, fuga, vulnus, depravatio: & in agro chasma, alluvio: in vino acor & mucor post emptionem purè perfectam etiam ante traditionem non venditori, sed emptori nocet, qui precium, licet rem nactus non fuerit, solvere venditori tenetur: (a) licet quandoque quò ad solum precium rei venditæ, quæ tradi non potest, non etiam ulterius, veluti interesse rei periculum venditoris esse, non absque legum authoritate existimatur. (b)

a) *l. 7. l. 9. ff de peric. & com. rei vend. l penult. & ult. C. eod. tit. l. 5. in fine, ff. de rescind. vend. l. si soluturus, 39. in fin. ff. de solut. §. cum autem. Instit. de empt. & vend.* (b) *l. si fundus, 33. ff. locati. l. lectos. 12. cum duabus ll seqq ff. de pec. & com. rei vend.* Cujac. *in tract. ad Afric. 8. in explic. d. l. si fundus, ff. locat. in Parat. C. de per. & commod. rei vend.*

85 Naturali emptionis debito annumeramus etiam emptionis rescissionem. Etsi enim emptor dolo venditoris rem pluris comparavit: vel circa ejus dolum pro merce precium, duplo justi precii majus dederit, veluti si pro fundo, qui valet decem florenos, viginti & unum dederit, integrum est emptori ex natura emptionis ad eam rescindendam agere: nisi venditor quod justum precium excedit, reddere paratus sit.

Per l. 2. & l. si voluntate. 8. C. de rescind. vend. & c 3. & pen. extra de empt. & vend. Molin. *in tract. commerc. quæst. 14. num. 175. & seqq.* Donell. *in dict. leg. 2. num. 17 C. de rescind vend.* Cujac. *lib. 16. observat. cap. 18. & lib. 23. cap. 33. & cap. 34.* Pinel. *dict. l. 2. Cod. d. t.* In precio emptionis & vendi-

Digitized by Google

venditionis, naturaliter licet ſe circumvenire, *l. in cauſa. 16. §. idem Pomponius ff. de minorib.* Reſciſſa autem venditione vel hoc modo, vel mutuo conſenſu, arra data condictione ex lege repeti poteſt. *l. 2. C. quando lic. ab empt. diſced.* Cujac. *ad l. 3. ff. de reſcind. vendit. in Commentar. in lib. 33. Pauli ad edictum. pag. 159.* Idem Cujac. *lib. 11. obſerv. cap. 17.*

Sed quæritur, ſi quis renunciet beneficio l. 2. C. de reſcind. ven- 86
dit: an renuncianti obſit, necne? De generali renunciatione id negamus; de ſpeciali affirmamus.

Per text. in l. ult. §. idem quæſiit, ff. de condict. indeb. & l. Si libertus, ff. de oper. libert. & l. hæc adjectio, ff. de V. S. Quæritur & illud an condictio ex L. 2. competat quoque contra tertium poſſeſſorem? Negativa vera. *vid. theſ. 27. infr. claſſ. 3. diſput. 22. de retract.* & Cravett. *conſil. 7. num. 25. volum. 1.*

Eſt & illud naturale emptionis debitum, quod re empta evicta, 87
hoc eſt, per judicis ſententiam plenè amiſſa, venditor emptori tenetur, vel in ſimplum, & id, quod intereſt ad precium recipiendum, & omnem utilitatem: *(a)* vel ad duplum, ſi cùm dictum vel actum ſit, ut duplum emptori promitteretur, nec tamen per errorem promiſſum ſit: quod eò procedit caſu, quo fundus vel domus, vel homo, vel alia res precioſa venditaeſt, de quibus rebus dupla promitti ſolet: *(b)* de cæteris autem rebus, venditor duntaxat in ſimplum tenetur.

a) *l. 60. l. 70. ff. de evict. l. empti, 21. C. d. tit. l. 43. §. ultim. ff. de act. empt.* Mynſinger. *cent. 1. obſervat. 56.* (b) *l. quod 31. §. quia aſſidua, ff. de adil. edict. juncta. l. emptori. 37. §. 1. & 2. ff. de Evict. Paulus lib. 2. ſentent. tit. 17. §. 1. & ibi* Cujacius. Idem Cujacius *in Paratitl. Cod. tit. de Eviction.* De evictione vide inprimis Donellum *ad titul. C. de evict. & huic claſſi adjectam Diſputationem ultimam.* Vid. totum tract. Cabalini *de eviction.* & Hartm. Piſtor. *quæſt. 5. & 6. lib. 3.* Heig. *quæſt. 36. lib. 1.* Gomez. *tom. 3 tit. de empt. n. 33. fol. 232.*

Vt tamen venditor de evictione teneatur, neceſſum eſt, ut ipſi em- 88
ptor maturè denunciet (quod authorem laudare & nominare dicunt) ſibi rei venditæ nomine controverſiam fieri, *(a)* caſibus quibuſdam exceptis, quibus licèt ea denunciatio facta non ſit, venditor nihilominùs de evictione tenetur. *(b)*

a) *c. ult. extra. de empt. & vend. l. tenetur, 6. §. ſi tibi, 5. ff. de actio. empti l. 1. C. de pericul. & commod. rei venditæ. l. empti 21. C. de evict.* quæ denunciatio etiam fieri debet ſcienti. *infr. claſſ. 5. diſp. 28. theſ. 6.* Treutl. *vol. 2. diſput. 2. theſ. 7.* Dn. D. Beſold. *diſput. 2. ad Ius Würtemb. theſ. 69.* Scaccia *d. judic. lib. 1. cap. 30. num. 10.* Fachin. *libr. 2. controv. 35.* (b) Vide Alexand. *in l. non ſolum. 8. §. morte. 6 ff. de novi oper. nunciation. & in l. 2.*

Digitized by Google

§. voluntate, ff. solut. matrim. item Apostil. ad decis. Tholos. 407. Mynsinger. cent. 1. observ. 56.

89 Redhibitio quoque naturali emptionis debito continetur, si venditor de rei vitio vel morbo, quem scivit, aut scire debuit, emptorem ignorantem haud certiorem fecerit.

l. Ex empto 11. §. redhibitionem, ff. de act. empti. Cujac. *tract. ad Affrican. 8. in explic. l. 15. ff. de edilit. edict. in princ. in pag. 546. in Paratitl. ff. eod. tit.* vide Donell. *lib. 13. cap. 3. Commentar. Iur. Civil.*

90 Similiter morboso pecore, aut tigno vitioso vendito, æstimatio minoris, naturali emptionis debito includitur, & siquidem ignorans, rem ejusmodi venditor alienarit, id tantùm præstat, quanti emptor minoris esset empturus, si id ita esse scivisset; si verò morbum aut vitium sciens reticuit, & emptorem decepit, omnia præstat detrimenta, quæ ex ea emptione emptor cepit. Sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem; sive pecora contagione, morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idoneè veniisse, venditor præstat.

l. Iulianus 13. in princ. ff. de actio. empti. Alexander. *consil. 63. vol. 6.* Mynsing. *cent. 1. observ. 56.* Donellus *lib. 13. cap. 3.*

91 Ex falsa item rei commendatione, si ob eam justo pluris res vendita sit, naturale emptionis debitum constituitur. Quod continet id, quantò minoris emptor rem emisset, vel quantò minoris res valuisset. (a) nam & ea, quæ commendandi causâ in venditionibus dicuntur, si palàm non sint, venditorem obligant, ut si dicat venditor, hominem literatum & artificem. Quòd si palàm fuerint, ut si dicat venditor, servum speciosum, aut domum benè ædificatam, licèt hoc ipso pluris vendiderit, non obligatur. (b)

a) D. l. Iulianus 13. §. si venditor, ff. de actio. empti. Paulus lib. 2. sentent. tit. 7. §. si ut servum. ubi Cujac. (b) *l. ea, quæ. 43. ff. de contrah. empt. gloss. in l. nec supina. 6. in pr. ff. de juris & fact. ignor.*

92 Actiones quoque rei venditæ nomine competentes venditori, emptionis naturali vi debentur emptori; veluti actio damni infecti, aquæ pluviæ arcendæ, Legis Aquiliæ, interdicti quod vi aut clàm.

D. l. Iulianus 13. §. sed etsi quid 12. ff. de actio. empt. l. cumq; 13. ff. de de peric. & commod. rei vend.

93 Adhuc de naturali emptionis debito. Conventionale emptionis debitum est, quod ex pactis, emptioni in continenti adjectis proficiscitur: veluti si pactus sit emptor, ut rei emptæ custodiam diligentissimam venditor præstet; vel etiam præter casum fortuitum: (a) item si in lege fundi aquam accessuram dixerit, quæ pactio non tantum aquam, sed & iter aquæ continet. (b) Si item pactus sit emptor, ut venditor fundi mer-

Digitized by Google

mercedem à Conductore exigat, quæ pactio hoc operatur, ut venditor in exigendo non ſolùm bonam fidem, ſed & diligentiam præſtare teneatur. *(c)*

a) *L. contractus 23. ff. de R. I.* (b) *l. qui fundum. 40. § in lege. ff. de contrah. empt.* (c) *l. ſi cùm fundum 68. ff. d. t.*

Sed ſi dubium & controverſum ſit, quæ acceſſio ex pluribus ejuſdem generis acceſſionibus emptori debeatur; veluti ſi in ipſo contractu 94
dictum ſit, Stichum acceſſurum & venditor plures Stichos habeat, eam rem deberi affirmamus, quam emptor, non quam venditor intellexerit.

l. Veteribus 39. ff de pactis l. Labeo ſcripſit. 21. l. cùm in lege. 33. ff. de contrah. empt & vendit. l in contrahenda. 172. ff. de R. I. Cujac. *lib. 1. obſerv. c. 10. & in Comment. in lib 33. Pauli ad edict. pag. 152. & ſeq. & in Comment. in lib. 5. quæſtion. Papin. pag. 93. & ſeq.* Vide Ioan. Borcholt. *in Tract. de Pactis, c. 5.* & Donell. itemque Cujac. *in l. ſi ita ſtipulatus. 12. & l. quiſquis 99. ff. de verb. oblig.*

Et licèt, ut ſuprà dictum eſt, accedat ſæpènumerò ad emptionem 95
evictionis nomine ſtipulatio, ejus tamen obligatio emptionis obligatione non continetur. *(a)* Atque ejuſmodi ſtipulatio vel in duplum, vel in ſimplum, *(b)* aut in plus, minuſve, *(c)* aut in id, quod intereſt, *(d)* interponitur.

a) *Per l. ſi ita ſtipulatus 126 §. Chryſogonus, 2. verſ. nam quotiens, ff. de verb oblig. junctо pr. t. Inſt. de verb oblig. l. ſed etſi 18. ff. de evict.* Diſſentit Donellus *in l. venditores. 102. §. 1. ff. de verb. oblig.* [b] *l. hoc jure 27. ff. de evictionib* [c] *l. ſi dictum. 56. l. ſi plus 79. ff. d. t. d. l. venditores 102. ff. de verb obligat.*

In duplum autem [niſi aliud placuit] interponitur ſtipulatio, ſi ho- 96
mo vel prædium, vel quâ alia res precioſa veneat, in ſimplum ſive in plus aut minus, ſi ita pacti ſint contrahentes. Item ſi veneant frivola, in ſimplum ſtipulatio interponitur.

l. Emptori 37. l ſi dictum 56. ff. de evict. Cujac. *in Paratit. C. eod. titul.*

Reſtat actio, quæ emptori ex emptione competit; quæ civilis 97
eſt, [*a*] vel ædilitia [*b*]

a) *l. Proinde. 33. verſ nam jure civili, ff. de ædil. edict.* [b] *l. cùm autem. 23. §. ſi ſervus, ff. d t.* Cujac. *in Paratit. C. & ff. eod. t.* Schneidew. *ad §. actionum Inſt. de action.*

Civilis ex emptione actio eſt, quæ ex legitimis & civilibus cauſis 98
deſcendit: *(a)* ut actio empti, *(b)* ſive ex empto; *(c)* quâ emptor debitum emptionis perſequitur.

a) *§. Sed iſta quidem actiones. 3. Inſt. de action.* (b) Rubric. *ff. & C.*

de action. empt. & vend. (c) *l. ex empto. 11. in pr. ff. de act. empt. §. ſed & certum L. verſ. ſed noſtra. Inſt. de empt. & vend.* Weſenb. *conſ. 177.*

99 Atque hæc actio competit etiam in id, quod intereſt, morbi vitiive nomine, ſi venditor vitium aut morbum ſciens reticuit, & ita emptorem decepit: ſi item vitium aut morbum venditor ignorans, & rem ſanam putans, ſanam eſſe affirmavit.

l. Iulianus, 13. in pr. & §. quid tamen, 3. ff. de actionibus empt. Donell. *lib. 13. Comment c. 3. pag. 142.* Si quoque arra in ſpeciebus ſit data, repeti hac actione poteſt, vel etiam condictione ſine cauſa, *l. ex empto 11. §. is qui 6. ff. de actionib. empt.* Non etiam vindicatur, *l. 3 C. d. t.* Cõpen. *2. obſ. 43.*

100 Et quemadmodum actio ex vendito, etiam ob pacta venditioni in continenti adjecta competit: ita & hæc ex emptio actio, ob pacta emptioni adjecta, emptori conceditur, non actio præſcriptis verbis.

Per *l. Iuriſgentium. 7. §. quinimò, ff. de pact. & l. 4 ff de leg. Commiſſ. & l. Imperator. 16. ff. de in diem addict.* Iphan. Borcholt. *Tractat. de pactis, c. ult. num. 55.* Diſſentit Donell. *ad l. in bonæ fidei 13. n. 11. C. de pact.* & Cujac. *in Comment. in lib. 2. Pauli ad edictum, pag. 27. & ſeq.*

101 Ædilitia actio eſt, quæ ex ædilitia juriſdictione conſtituitur; (a) quæ honoraria rectè appellatur. (b)

a) §. *Prætoriæ 2. verſ. nam & hæ, Inſt. de diviſ. ſtipulat. juncto. t. t. ff. adilit. edict.* (b) §. *prætorum verſ. proponebant, Inſt. de jure nat. Gent. & Civil.*

102 Eſtque in triplici differentia; nam eſt vel actio redhibitoria, vel æſtimatoria actio, (a) vel actio in factum. (b)

a) *l. Si quid 18. l. juſtiſſimè 44. §. ult. ff. de edil. edict.* (b) *l. quòd ſi nolit 31. §. in factum actio ff. d. t.* Caballin. *in Tract. de edilit. edict. c. 1. n. 6. & c. ult.*

103 Redhibitoria actio eſt, quâ emptor experitur contra venditorem, ad reſolvendam in totum venditionem, in integrum reſtitutis omnibus; (a) hoc eſt, ut venditor mercem cum fructibus; & emptor precium cum uſuris recipiat; atque venditor emptorem, venditionis nomine obligatum liberet. Cui tamen actioni in ſimplaribus, & fiſcalibus venditionibus locus non eſt.

a) *l. Redhibere 21. l. cùm autem, §. 1. l. debet. 27. l. illud. 29. §. 1. & §. condemnatio. l. facta. 60. ff. de adilit. edict.* (b) *l. 1. §. illud. l. ſi tamen 48. in fine. ff. de adil. edict.* Chriſtin. *deciſ. Belgic. vol 3. dec. 97.*

104 Et competit hæc actio ob reticentiam morbi vitiive corporalis, (a) latentis, & uſum rei emptæ impedientis; (b) modò tamen emptor id neſciebat; (c) venditor autem ſciebat, aut ſcire debebat, (d) vel ob dictum

Digitized by Google

dictum promiſſumve venditoris; ut ſi dixerit, abeſſe aliquid, quod non abeſt, aut adeſſe, quod non adeſt: *(e)* vel ob id, quod ædiliciis ſtipulationibus non cavetur emptori; veluti fugitivum non eſſe, rectè ſanum eſſe: hodie eſſe bibere rectè poſſe: habere licere duplæ ſtipulatione. *(f)*

a) *l. 1. §. ſciendum eſt, ibi, habitum cujuſque corporis, & §. penult. ff. de edil. edict.* (b) *d. leg. 1. §. proindè. ff eodem titul.* (c) *l. 1. §. ſi intelligatur. l. quaritur. 74. §. ult. ff. d. t. l ſi minor 9. C. de act. empti.* (d) *l. 1. §. cauſa, ff. de edil. edict.* (e) *l. quid ſi fugitivus. 17. §. ult. & duab. ll. ſeqq. ff. d. t.* (f) *l. ſi venditor 28. cum ſimilib. ff. eod.* Cujac. *in Parat. ff. eod. t.*

Huic autem actioni (quæ in duplum creſcit, ſi neque precium, ne- 103
que acceſſionem ſolvat venditor; [*a*] & proinde pœnalis [*b*] hoc caſu eſt) præſtituti ſunt ſex menſes utiles, ſi ob vitium latens agatur: Ex aliis cauſis duo tantum menſes; niſi actoris interſit; quo caſu ſimiliter tres menſes definiti ſunt. [*c*]

a] *l. Redhibitoria 45. ff. de edil. edict.* [b] *l. cùm autem 23. §. ſi ſervus, ff. de edil. edict.* [c] *l. illud 29. §. ult. l. ſi venditor. 28. & l. cum ſex menſes. 55. ff. d. t. Iul. Paul. lib. 2. ſent. t. 17. §. redhibitio*, ubi Cujac. vide Bald. *in l. 2. n. 3. C. de edil. edict.*

Æſtimatoria actio [quæ etiam quanti, ſive quanto minoris actio [*a*] 104
dicitur] eſt, quâ emptor intra annum, [*b*] adverſus venditorem, ex iildem cauſis, ob quas redhibitoria datur, agit, in hoc, ut quantò pluris emiſſet, ignorans rei qualitatem aut quantitatem, id venditor, qui ſimiliter ignoravit, reddere damnetur. [*c*]

a] *l. Si quid. 18. in pr. ff. de edil. edict.* [b] *l. 2.* & ibi Bald. *num. 4. C. eod. t.* [c] *d. l. ſi quid 18. in pr. l. bovem. 46. §. aliquando. ff. d. t.* Weſemb. *in parat. ff. de æſtimat. action.*

Actio in factum competit emptori, vel ex eo, quod rem emptam 105
reddidit, precium autem non recepit; [*a*] vel ob pactum, quo actum eſt, ut niſi placuerit, res ea reddatur. [*b*]

a] *l. Quòd ſi nolit. 31. §. in factum actio, & §. ſeq. ff. de ædilit. edict.* [b] *d. l. 31. quod ſi nolit. §. ſi quid ita, ff. eod.*

Ex priore illo caſu hæc actio perpetua eſt: [*a*] poſteriori verò ca- 106
ſu, ſi nihil de tempore reddendæ mercis convenit, regulariter intra dies ſexaginta utiles concedirur. [*b*]

a] *Per l. in honorariis 35. ff. de obligat & action.* Specul. *t. de empt. & vend. §. de reſcind. vend.* [b] *d. l. quod ſi nolit. 31. §. ſi quid ita, ff. de edilit. edict.*

Digitized by Google

CLAS. II. DISPUTAT. IV.

DE LOCATIONE ET CONductione.

THESIS I.

1 EMptioni venditioni, de qua proximè, vicina est locatio conductio: [a] quæ est contractus consensu initus [b] inter eos, quorum pars una rem fruendam, [c] vel utendam, [d] aut operas [e] suas in re vel persona alterius præstandas: [f] pars altera verò pro ipso rei fructu, aut usu, vel operis, mercedem certam, [g] confestim [b] definitam, promisit.

a] *l. 2. ff. locat. & t. Inst. eod. in pr.* Mantica. *de tacit. & ambig. convent. lib. 5. t. 1.* [b] ad sui enim perfectionem neque continuo traditionem, neque verba, neque literas desiderat, sed solo ac nudo consensu absolvitur. Ego *in Comment. ad l. contractus. 23. ff. de regul. jur. c. 4. num 9. l. 2 ff. de oblig & act. Inst. t. de oblig. in pr. l. 1. l. qui ad certum. 14. ff. locat. l. contractus, 24. C. eod.* [c] *l. ex conducto. 15. §. cum quidam l. si in lege. 24. §. colonus, 4. l. si fundus, 33. ibi, ut mihi frui liceat, ff. locat. l. nemo, 6. C. de locat. l. 1. in pr. ibi, fruendum alicui locavit & §. 1. ibi, qui id fruendum conduxit, ff. de loc. publ. fruend. l. 1. in pr. ff. de superfic.* vide me *ad pr. Inst. h t. num. 16.* [d] *l. si tibi 5. l. si quis, 9. l. si merces, 25. §. 1. ibi fundum fruendum vel habitationem, ff. locat.* [e] *l. item quæritur. 13. §. 1. & seqq. l. in operis, 26. l. qui operas, 38. ff. d. t.* [f] *l. naturalis, 5 §. 1. ff. de præscript. verb. l. Sabinus, 20. l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. d. l 2. in fin. l. sed addes, 19. §. si quis mulierem, ff. locat. §. item quæritur. 4. Inst. eod.* [g] *l. si vir uxori. 52. in pr ff. de donat. int. vir. & uxor. l. si convenerit, 23. ff. communi. divid. l sicut emptio. 20. l. & hæc distinctio, 35. §. 1. ibi, certo pretio, ff. locat. l. licet, 8. ibi, certis annuis quantitatibus, C. de locat.* Et hac ratione à commodato & precatio distinguitur, in quibus nulla accedente certa mercede res utenda conceditur. *§. item is cui. 3. Inst. quib. mod. re contrahit. obligat. l. 1. ff. d. precar.* [h] *l. si tibi, 22. ff. de præscript. verb. Inst. de locat. & cond. in princ. ibi, nulla statim mercede constituta.* Quia tria sunt

Digitized by Google

ſunt locationis ſubſtantialia, 1. Conſenſus. *l. 1. h. t.* 2. Merces ſeu penſio *l. 2. in princ. eod.* 3. Res quæ locatur. *l. 15. eod.* At deficiente uno ſubſtantiali totus actus corruit. *l. 25. hoc tit.* Gregor. *in Syntagm. Iur. lib. 27. cap. 1. num. 9.*

Ejus autem inſpectio triplex eſt: una rei ſubjectæ, quæ locatur conducitur: altera temporis, ad quod uſque fit locatio conductio: tertia partium locationis conductionis. 2

Primam inſpectionem quod attinet, locatio conductio alia eſt rei, alia facti. 3 Rei Conductio est, ſi res, veluti fundus, domus, jumentum, veſtimentum, alicui fruendum vel utendum detur: quo caſu locator eſt is, qui rem dat: conductor verò, qui accipit rem fruendam vel utendam: (*a*) & ſi res ſoli ſit, in agro quidem colonus, in ædibus inquilinus dicitur. (*b*)

a) *l. Si quis 9. in princ. §. 1. & ult. cum l. ſeq. l. ex conducto. 15. in princ. l. ſed addes. 19. §. ſi dominus, l. ſi in lege, 24. §. colonus, l. ſi fundus, 33. ff. locat. §. præterea, 2. & §. adeò, 3. Inſt. de locat. & conduct.* (b) *l. res. pignoris, 37. ff. de acquir. vel amittend. poſſeſſion. d. l. ex conducto, 15. §. 2. d. l. ſed addes, 19. §. illud. 2. §. ſi inquilinus. 4. d. l. ſi in lege, 24. §. ſi colonus, 1. §. ſi domus, 2. l. ſi merces, 25. §. conductor. 3. ff. locat. l. 2. in fin. l. 4. ff. de uſu & habitat.*

Quod ſi prædium hac lege locetur, ut conductor ſuperficiem ipſam habeat, jus quoddam reale in conductorem transfertur, cujus nomine interdictum adverſus locatorem habet, & contra tertium poſſeſſorem etiam utilem actionem in rem, ſi conductio non ad modicum, ſed longum tempus facta ſit. 4

l. 1. ff. De ſuperfic. ubi Cujacius *in Paratitl. &* Donell. *lib. 9. Commentar. Iur. Civil. cap. 16. pag. 459.*

Facti Locatio Conductio est, quâ agitur, ut unus operam ſuam alteri in re, vel perſona ejus præſtet. In re illius, veluti, ut ipſius tabulam pingat, ut in area ejus inſulam ædificet, ut ex auro ipſius vas aut annulum conficiat: (*a*) in perſona ejus, ut ſi nautæ vel aurigæ ſe vehendum dat. (*b*) 5

a) *l. Sabinus, 20. l. convenit. 65. ff. de contrab. empt. l. 2. in fin. ff. locat. conduct. l. naturalis, 5. §. 2. ff. de præſcript. verb §. item quæritur, 4. Inſtit. de locat. & conduction.* (b) *l. ſed addes, 19. §. ſi quis mulierem, 7. ff. locat.*

Cæterùm quis locator, quis conductor ſit in facti locatione conductione, dubio non caret. [*a*] Veteres generaliter locatorem definiunt, qui mercedem accipit, conductorem qui dat mercedem; ſed erronea hæc eſt definitio. [*b*] Cujacius [*c*] locatorem hîc vocat eum, qui faciendum aliquid dat: conductorem, qui accipit faciendum, ſive det, ſive 6

accipiat mercedem: verùm hæc definitio satis proba non est. [d] Donellus [e] locatorem hic definit eum, qui solam operam sine suo sumptu præstat: conductorem, qui operam sua impensa præstat: at neque hæc satis tuta videtur definitio. [f] Nos hîc etiam ex sententia Cujacii [g] locatorem eum esse putamus, qui inchoavit contractum, & se alii priùs ultrò obtulit: conductorem, cui quid faciendum aliquis ultrò obtulit, & qui suscepit placitum offerentis. [h]

a) *l. 1. §. 1. ff. de præscript. verb.* (b) ut ostendit Cujac. *2. observ. 28. & in Commentar. in lib. 8. quæst. Papin. pag. 163.* (c) Cujac. *jam dd. locis.* (d) *per l. sed addes. 19. §. cùm quidam exceptor. 9. l. item si 22. §. cùm insulam, 2. l. si in lege, 24. in princ. l. in operis, 26. l. qui operas, 38. ff. locat. l. si hi. 22. C. d. t.* (e) *lib. 13. Commentar. cap. 6. pag. 151. in fin.* (f) *argu. l. 1. §. 1. ff. de præscript. verb. & l. item 22. § cùm insulam. ff. locat.* (g) *d. observat. 28. ibi*, sed si tu mercem vendendam rogas, & ultrò mihi tuam operam defers, tu locator es, ego conductor. Item *in Comment. in lib. 34. Pauli ad edict. pag. 171. & seq.* ubi locator, *inquit*, est, qui init, inchoat contractum, dans se utendum, exhibens operas suas, vel dans rem aliquam fruendam, vel dans opus aliquod faciendum. Conductor autem est, qui subsequitur, & locatoris conditionem accipit, gratamve & ratam habet, vide me *ad l. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 4.* (h) *arg. rubr. ff. & C. locat. cond. & Instit. de locat. & cond. & l. item quæritur. 13 §. 1. & seqq. l. si merces, 25. §. qui columnam, l. opus 36. l. qui operas, 38. ff. locat.* quod sequitur Matthias Stephani, *cent. 3. quæstion. 72.*

7 Sunt autem locationis conductionis operæ, sive facti, duo modi: unus, quo opus faciendum vel aversione locatur conducitur, vel locatur conducitur sine aversione. Aversione locari conduci opus faciendum dicitur, si una mercede universitas consummationis operis alicui locetur: quo casu, donec opus adprobetur, periculum, quod sine vi majore contingit, facientis est. Sine aversione locatur conducitur opus faciendum, si conveniat, ut vel in pedes, mensuralve, opus præstetur, & pro singulis pedibus mensurisve certa detur merces: quo etiam casu, antequam admensum sit opus, periculum facientis est. Vel ut pro opere certa merces in dies singulos artifici detur: quo casu, si opus vitiosum sit factum, & tempore contractus convenerit, ut bonitas operis ab ipso artifice adprobaretur Domino, de vitioso opere Domino artifex tenetur.

l. Opus quod aversione, 36. & l. seq. l. ea lege, 51. §. locavi, ff. locat. l. 1. §. exercitorem, ff. de exercit. act. fac. l. 4. §. si aversione, & §. seq. ff. de pericul. & commod. rei vend. vide Cujac. *8. observ. 15.* Connan. *libr. 7. Commentat. cap. 11. n. 6. 7. & 8. &* Donell. *lib. 13. Comment. cap. 9. pag. 163. infr.*

Alter

Alter modus locationis conductionis operarum eſt, quò id agitur 8
ut vel idem reddatur: ſicuti cum veſtimenta fulloni curanda locantur: vel ut ejuſdem generis quantitas data reddatur, veluti cum argentum puſulatum fabro datur, ut vaſa fiant, aût aurum, ut annuli. Priori caſu res domini dantis manet, poſteriori in creditum itur.

l. Innavem, 31. ff. locat fac. l die ſponſoliorum, 25. §. 1. ff. depoſ. Cujac. *7. obſ 39.* vide eundem *in Comment. in lib 9. quæſt. Papin. pag, 206.*

Diſpiciemus de tempore, ad quod uſque fit locatio conductio, & 9
fieri ſolet locatio conductio, vel nullo expreſſo tempore, vel tempore expreſſo, ad quod uſque locata res, vel opera eſſe debeat.

l. Item quæritur. 13. § impleto, ubi Bartol. Bald. Caſtrenſis. Coſtal. *& alii, & l. qui ad certum, 14. ff. locat.*

Nullo expreſſo tempore, locatio conductio facta cenſetur in præ- 10
dio ruſtico ad unicum ſaltem annum: in urbano verò prædio, aliiſque rebus, tam diu, quoad alteruter renunciet; in operis autem, donec opus fuerit perfectum.

d. l. Item quæritur. 13. §. qui impleto, & ibi Dd. *ff. locat.* Mantica *de tacit. & ambig convent. libr. 5. tit. 4.* Ex quibus argumentis locatio conductio tacitè renovata cenſeatur oſtendit. Idem Mantica. *dict. libr. 5. titul. 15.*

Expreſſo & definito tempore, fit locatio conductio, vel ad breve & 11
modicum tempus, vel ad tempus longum.

l. 1. §. Quod ait, ubi Dd. *ff. de ſuperfi. l. viam veritatis. 10. Cod. de locato. Clem. 1. tit. de reb. Eccleſ. non alien. & c. nulli liceat. extr. dict. tit.*

Ad breve ſive modicum tempus fieri locatio conductio ex recepta 12
Dd. ſententia dicitur, ſi non porrigatur ad decennium, (*a*) ſed ad brevius temporis ſpacium, putà in luſtrum, (*b*) vel in plures, (*c*) aut pauciores annos, (*d*) vel menſes aliquot.

a) Pinel. *ad l. 1. C. de bon. mater. part. 3. num 63.* Donell. *lib. 9. Comment. c. 13. in fin.* Diſſentit ab aliis Connan. *lib. 7. comm. c. 12. n. 3.* cui ſuffragantur, quæ ſcribit Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. cent. 1. caſu. 2.* (b) *d. l. item. 13. §. ult. l. ſi in lege. 24. §. ſi domus, & §. colonus, l. cùm in plures, 60. ff locat. l. 4. §. pen. ff. de reb. cred. l. qui per colluſionem, 49. in princ. ff. de act. empt.* (c) *l. qui fundum 31. ff. d. t.* (d) *d. l. ſed addes, 18. §. ſi quis. ff. eodem.*

Ad longum tempus, ex recepta vulgò ſententia, locatio conductio 13
fieri putatur, ſi in dicennium, vel ultra id tempus extendatur: (*a*) quo genere locationis conductionis in conductorem prædii Dominium, ut vocant, utile transferri, eique utilem dari actionem in rem Interpretes voluit: (*b*) quibus tamen non ſine rationibus Pinelus, (*c*) Connanus, (*d*) & Weſenb. (*e*) contradicunt.

Digitized by Goog

a) Pinel. *in dict. l. 1. C. de bon. mater. part. 3. num 63.* & Donell. *dict. lib 9 cap 13. inf. pag 447.* (b) *in d. l. 1. §. quod ait, ff. de ſuperf. & in l. 2. & 3 ff ſi ager vecti.* & facere pro hac ſententia videtur. *l. 3. §. penult. ff. de nov. oper. nunciation. & l. in ſpeciali 73. §. ult. junct. ll. ſeqq ff. de Rei vindicat. & l. tutor. 16. §. fin. ff de pignorat. act.* Menoch. *recuper. poſſeſſ. remed. 1. num. 68.* Covarruv. *concluſ. variar. cap. 16. num. 3.* (c) *d. part. 3. nu. 66.* [d] *lib. 7. Comment. c. 13. numer. 3.* [e] *in Paratitl. ff. locat. num. 8.* Locatio enim Dominium non mutare generaliter dicitur *in l. non ſolet 39. ff. locat.* ne quidem in ſuperficiario. *l. ult. ff. de ſuperfic.* niſi id nominatim agatur, *l. in navem 31. ff. locat. cond.* Non enim temporis adjuncto, ſed forma ſua rei quævis æſtimanda, *infr. theſ. 16.* Nec tempus eſt modus inducendæ obligationis. Thoming. *deciſ. 46. num. 12.*

14 Atque hoc tempus longum vel certis annis definitum eſt, vel eſt perpetuum. [a] Definitum, ſi locatio conductio fiat in annos decem, undecim, viginti, triginta, [b] vel ad annos novem, adjecto pacto, ut finito illo tempore aliud incipiat, quod junctum excedat decennium, vel ad vitam locantis, aut conducentis, vel ut duret, quamdiu locator voluerit. [c]

a] *d. l. Viam veritatis. 10 C. de locat. l. 1.* & ibi Cujac. *C de locat. præd. civil. lib. 11* Iaſon. *conſil. 44. num. 2. vol. 1.* [b] *Novell. 120. cap. 3. & l. 2. C. de præſcript. 30. vel 40 ann.* [c] vide Pinel. *in d. l. 1. C. de bon. mater. part. 3. num. 63.*

15 In perpetuum fit prædii locatio conductio, ſi ita locetur, ut quandiu merces præſtetur, id auferre non liceat, ne quidem ab heredibus ejus, cui fruendum traditur.

Per §. adeò autem 30. Inſt. de loc & cond. l. ſi uſufructus. 8. ibi, perpetuò, junct. verb. ſemper, & verb. unde centum annos, ff. de uſu & uſufruct. & redita, &c. & l. an uſufructus 56. ibi, ne perpetuum fieret, junct. verb. centum annos, ff. de uſufr. Vnde qui ita prædium conducit, perpetuarius conductor appellatur, & ipſum conductionis jus, dicitur jus perpetuarium, *l. 1.* ubi Cujac. *& l. ult. C. de locat. præd. civil. lib. 11.* An jus Colonorum longiſſimo tempore præſcribi poſſit; vid Vaiaſcum *de Emphyteuſ. qu. 20. num. 12.* Si vero ruſtici ab antiquiſſimo tempore penſionem uniformiter præſtent, an perpetua locatio cenſenda, & expelli poſſint? vid. Hondedæ. *conſ. 85 per tot. part. 1.*

16 Hanc tamen perpetuam locationem conductionem, Emphyteuticarium eſſe contractum negamus.

Tum arg. l. 1. C. de off. com. Sac. palat. ubi pro Hoc Est, legi debet, Vel, hoc modo, Perpetuarii Vel Emphyteuticarii, ut notat Cujac. *in d. l. 1. C. de locat. præd. civil. lib. 11.* Tum quod non ex tem-

temporis adjuncto; ſed forma ſua, res quævis æſtimari debet. Diſſentit Hondæd. *conſ. 85. vol. 1. num. 4.* Boër. *deciſ. 234.* Donell. *lib. 9. Comment. c. 13. in f. pag. 447. & lib 13. c. 6. in fin.* Hotom. *ad d. §. adeò autem, in verb. de prædiis, Inſt. de loc. & cond.* Per hanc tamen locationem alienationem fieri, & utile transferri dominium ſentiunt gloſſ. *in l. ult. ff. ſi ager vectig.* Bald. *in auth. at qui. C. de bon. author. judic. poſſid.* Petr. Anchoran. *var. quæſt. lib. ſingul. qu. 52. num. 2.* Corneus *conſ. 262. num. 4. volum. 3.* Sichard. *in l. 2. num. 7. C. de uſufr.* Alexand *conſil. 1. num. 16. vol. 4.* Gri. bald. *commun. opin. lib. 1. verb. Locatio.* Vbi hanc dicit communem. Menochius *de recuper. poſſeſſ rem. 1. num. 68.* Iaſon. *conſil. 94. col. 2. lib. 1.*

Quod ſi finito conductionis tempore conductor remanſit in con- 17
ductione, rem locatam reconduxiſſe intelligitur.

l. Item quæritur. 13. §. qui impleto. 11. ff. h. t. & l. ſi cum Hermes. 7. C. eod. tit.

Sequuntur partes locationis conductionis: quarum una eſt loca- 18
tio, altera conductio. [a] Locatio eſt, quâ quis alii vel rem fruendam, vel utendam concedit, vel opus faciendum, vel operam ſuam offert, & viciſſim eundem ad dandam mercedem, vel aliquid faciendum, & acceſſiones quaſdam ſibi obligat. [b] Vnde duplex circa locationem inſpectio incurrit: una rei & facti, quæ, & quod locari poteſt, item pactorum, quæ locationi adjiciuntur: altera obligationis, quæ ex locatione naſcitur.

a] *l. 1. in pr. ibi, locationis ſive conductionis ff. de ſuperfic. l. 1. in pr. ibi an ex locato. item ibi, an ex conducto, ff. de æſtimat. l. ſicut 20. §. ult. & l. item 22. §. ultim. cum ſimil. ff. locat.* [b] *l. 5. l. 7. l. 9. cum ſimil. ff. locat.*

Res locari poteſt, non tantùm propria, ſed & aliena. [a] Vnde & 19
uſufructuarius prædium fructuarium alii locare poteſt. [b] Item Vaſallus fundum feudalem, ſi fraus abſit. [c] Et creditor rem oppignoratam. [d] Vt & habitationem is, cui ea legata eſt. [e] Quin etiam, qui alienare & oppignorare prohibitus eſt rem, locare tamen eam poteſt. [f]

a) *l. ſi tibi. 7. & l. ſi quis 9. §. fin. ff. locat.* Cujac. *33. obſ. 40.* Mantica *d. tacit. & ambig. convent. lib 5 t. 3 num. 1.* (b) *l. arboribus 12. §. uſufructuarius, ff. de uſufruct. l. ſi quis 9. §. 1. ff. locat. §. minus autem. verſ. cum is, qui uſumfructum habet, Inſt. de uſu & habit.* (c) *t. 9. qualiter olim pot. feud. alien. §. donare autem, lib. 2 feud.* Franciſc. Curt. Iun. *in tract. feud. 4. part num. 36.* Treutl. *vol. 1. diſp. 29. th. 2. lit. F.* (d) *l. creditor 23. ff. de pignor.* (e) *l. cùm antiquitas 13 C. de uſufr.* Locatoris tamen jure perempto, perimitur & jus conductoris *d. l. ſi quis 9. §. 1. ff. locat. d. l. ar-*

boribus 12. ff. de uſufr. l. peto 69. §. prædium, ff. de legat. 2. l. fundum. 7. ff. de action. empt. l. ſi uſufructus 66. ff. de jur. dot. t. 13. §. ult. lib. 1. feud. & t. 9. §. 1. lib. 2. feud. Cujac. *23. obſ. 38.* (f) *l. pen. §. inſtituto. ff. de legat. 2.*

20 Servitus tamen realis locari non poteſt: (a) neque tibi rem tuam locare poſſum: (b) neque juris patronatus locatio eſt. (c)

a) *l. Locare ſervitutem 44. ff. locat.* Reuſner. *lib. 3. diſput. jur. civil. 9. th. 22.* Servitutes tamen perſonales ut, uſus, uſufructus, & habitatio rectè locari poſſunt. *l. ſi quis 9. §. 1. ff. locat. l. arboribus. 12. §. 2. ff. de uſufruct. l. cum antiquitas. 13. C. de uſufr. & habitat.* (b) *l. neq; pignus 45. ff. de R. I. l. quirem. 20. l. ad probationem 23. C. de locat. d. l. ſi quis 9. §. fin. ff. locat.* Sed vide *l. ſicut. 20. §. 1. ff. locat. & l. quædam mulier. 77. ff. de rei vind.* (c) *c. de jure verò patronatus. ext. de jur. patron. junct. l. 1. & 2. ff. de locat.* Mozzius *de locat. & conduct. tit. de reb. quæ locar. poſſ. num. 9.* Surd. *deciſ. 51. num. 6.*

21 Factum, ut & ſupra dictum eſt, locari pôteſt, ſi unius contrahentium opera in alterius re vel perſona præſtari debeat; veluti, ſi inter me & te conveniat, ut in mea area mihi inſulam ædifices, ut ex meo auro mini annulum facias, ut meam tabulam pingas, ut meam perſonam nave vehas: at ſi convenerit inter me & te, ut vel in re tua mihi quid facias; veluti, ſtatuam, vas, veſtem, aut tegulas ex tua materia, aut annulum ex tuo auro, aut ſervum tuum manumittas: vel neque in tua, neque in mea re, ſed quid aliud facias; veluti, ut Francofurtum eas, locatio non contrahitur, etiamſi confeſtim pecunia promittatur certa, ſed vel emptio venditio, ut duobus primis caſibus, vel contractus innominatus, ut poſterioribus caſibus duobus.

l. Sabinus. 20. l. convenit 65. ff. de contrah. empt. l. naturalis. 5. §. at cùm do. ff. de præſcript. verb. l. 2 in fin. l. ſed addes 19. §. ſi quis mulierem ff. locat. §. item quæritur, 4. Inſt. de locat. & cond. Donell. *ad tit. ff. de præſ. verb. c. quando locatio contrahatur, cùm do, ut facias: & lib. 13. Comment. 6. pag. 151.*

22 Sed quæritur, poſſitne homo liber ſuas in perpetuum locare operas, ut ipſemet eas præſtet? Et nos, inutilem hanc eſſe locationem, putamus.

Per l. Titio centum. 71. §. 1. ff. de condit. & demonſt. l. 2. ff. de lib. homin. exhibend. nullum enim, pactum valet, quo quis ſe facit ſervum. *l. conventio 37. ff. de liber. cauſ. l. nec ſi volens 6. l. interrogatam. 24. C. d. t.* vide Sichard. *ad Rubr. C. de locat. num. 6. & 9.* Gomez. *Tom 2. c. 10. de individ. num. 22.* & Hotom. *in diſput. feud. c. 31.* Coler. *de proceſſ. execut. part. 1. c. 9. num. 27.* Covarruv. *de ſponſal. part. 2. c. 7. num. 5.*

Ad

Ad pacta quod attinet, quæ locationi interdum adjici ſolent, ea va- 23
ria ſunt. Inter quæ & illud eſt, ſi locator fundi paciſcatur in ipſa locatione, ut frumenti certum modum certo precio accipiat: (a) item ſi locator domus paciſcatur, ne conductor certo in loco ædium ignem habeat: (b) vel ut is præter culpam etiam caſum præſtet. (c)

a) *l. Seduddes 19. §. ſi Dominus exceperit, ff. locat.* (b) *l. videamus. 11. §. ſi hoc in locatione convenit, ff. d. t.* (c) *l. ſi quis domum 9. §. ſi quis fundum ff. d. t. & l. contractus 23. ff. de R. I.*

Succedit locationis obligatio, quâ locatori conductor debitum lo- 24
cationis præſtare tenetur. Vnde in hac duo ſpectantur: ipſum locationis debitum, & actio, qua debitum illud locator perſequi poteſt.

Debitum locationis eſt, quod jure & poteſtate hujus contractus 25
locatori conductor ex æquo & bono præſtare jubetur: Eſtque principale, vel acceſſorium.

l. 2. §. ultim. ff. de Oblig. & Act. §. ultim. Inſt. de Oblig. ex conſenſ. l. præſes 17. C. de locat. §. conductor autem 5. Inſt. de locat. & conduct. l. cùm venderem. 21. & l. ſi merces. 25. §. conductor omnia. ff. locat.

Principale debitum locationis eſt, tum merces, (a) ſi locator rem 26
fruendam, aut utendam, vel operam ſuam conductori locaverit: tum opera, ſi locator opus faciendum locaverit: (b) tum etiam, finita locatione, rei locatæ reſtitutio. (c)

a) Vt enim emptionis ſubſtantia ex precio conſiſtit. *l. pacta conventa. 72. in pr. verſ. quoniam ff de contrahend empt. vendit.* Sic & ſubſtantia hujus contractus, qui illi proximus eſt, ex mercede conſiſtit, *l. ſi convenerit. 23 ff. commun. divid. l. 2. ff. locat. Inſtit. de locat. & conduct. in pr.* (b) *l. item ſi precio 22. §. cùm inſulam, ff. locat.* (c) *§ conductor. 5. verſic. qui pro uſu, Inſt. de locat. & cond. l. ſi cui 48. §. 1. ff. locati.*

Merces autem ſolvenda eſt, tempore locationis conductionis finito: 27
(a) niſi aliud inter contrahentes convenit, (b) vel conſuetudine aliud ſit receptum. (c)

a) *Per l. Iulianus 13. §. offerri. ff. de act. empt. l. 1. §. ſi penſio, 4. ff. de migrand. junct. l. ſemper in obſcuris. 9. & l. ſemper in ſtipulationibus 34. ff. de R. I.* Sichard. *in l. 3 num. 5. C. de locat.* Donell. *lib. 13. Commentar. cap. 9. pag. 162.* (b) *l. 1. §. ſi convenit. ff. depoſ. & l. ſemper 34. ff. de Reg. Iuris.* (c) *l. excepto 16. C. de locat. & d. l. ſemper 34. ff. de R. I.* Sichard. *d. nu. 5.* Mantica *de tacit. & ambig. convention. lib. 5. tit. 6. per tot.*

At licèt conductor ante tempus deſerat habitationem, aut fundum, 28
nihilominùs ſtatim locator eum mercedis nomine convenire poteſt: (a) & quidem integram exigere mercedem, (b) niſi ex juſta cauſa, veluti ex timore damni infecti, (c) vel ignis, (d) vel exercitus, (e) vel peſtis

stis diuturnioris, (f) &c. (g) domum vel fundum deseruerit: tunc enim pro rata temporis merces debetur. (h)

a) *l. Si in lege 24. §. si domus ff. locat.* (b) *l. dominus 55. §. ult. ff. d. t.* (c) *l. habitatores 27. §. 1. ff. d. tit. junct. l. in hac 28. ff. de dam. infect.* (d) *l. si quis 49. §. 1. ff. ad l. Aquil.* (e) *l. item quaeritur 13. § exercitu ff. loc.* (f) Bart. *in l. licet 8. Cod. de loc.* vide Sichard. *in l. 3. num 3. C. d. t.* & Andr. Gail. *2. observ. 23. num. 7.* Borcholt. *de feud. c. 8. num. 21.* (g) Canonistæ *in c. propter sterilitatem, ubi* Abbas, *extr. de locat. conduct.* Cagnol. *in d. l. contractus 23. n. 54. & seq. ff. de R. I.* Gail. *d. loco n. 8.* (h) *d. l. habitatores. 27. §. ult. ff. locat. l. si quis 9. §. 1. l. ex conducta 15. §. ubicunque. l. qui insulam. 16. §. 1. & l. si fundus 33. ff. locat. l. licèt, 8. Cod. de locat.* Gail. *d. observ. 23. num. 7.* latè Hieron. Pantschman. *lib. 2. quæst. jur. 13.*

29 Quod si etiam pluribus studiosis habitatio sit locata, & unus eorum, non soluta rata mercedis parte, deserat eam, cæteri integram pensionem solvere non tenentur.

Angelus. *in l. duo fratres. 78. n. 2. ff. de acquir. vel omittend. hered.* Iason. *in l. 1. n. 28. C. qui testament. fac. possunt.*

30 Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quò minùs operas suas præstaret, (a) nec eodem locationis tempore ab alio mercedem accepit. (b) Vnde si professor, propter pestem in loco grassantem, vel similem causam adversam, non per totum annum legat, sed tantùm in principio, nihilominùs integrum petere salarium totius anni potest. (c)

a) *l. Qui operas 38. ff. locat.* (b) *l. sed addes 19. §. cum quidam excepior, & §. seq. ff. dict. t. l. 4. ff. de offic. assess.* (c) Natta *consil. 452.* Nicol. Mozz. *tract. de locat. & conduct. c. de accident. locat. num. 43.* Gail. *1. observat. 44. num ult.*

31 Quòd si etiam Professor, Advocatus, vel Medicus in exordio anni locationis moriatur, integrum totius anni salarium heredibus ejus debetur.

l. 1. § Divus Severus, 13. ff. de var. & extraord. cognit. l. pen. C. de condition. ob caus. d. l. qui operas 38. in princ. & §. 1. d. l. l. sed addes 19. §. cum quidam, cum §§. seqq. ff. locat. & d. l. 4. ff. de off. assess. Gail. *d. obs. 44. numer. 12.* vide Laur. Kirchov. *centur. 5. commun. opin. conclus 85.* & Sebast. Medicem *in tract. Mors omnia solvit. part. 3. n. 26. inprimis verò* Iohan. Cæphal. *cons. 70. & 71. lib. 1. cons.*

32 Hinc etiam famulus, aut ministra, licèt morbo impeditus, vel impedita fuerit, quò minùs officium suum fecerit, integram tamen mercedem petere potest.

Per l. præcedent. enunciat. adscriptas Vaudus *lib. 1. quæstion. 7.* Hackelman.

man. *illustr. quæst. disput. 11. thes. 12. lit. B. & D.* dissentit post alios Gomez. *tom. 2. variar. resolut. cap. 3. num 3.* alios dissentientes vide apud Emanuel Soarez. *in thesaur. recept. sentent. in verb. famulus infirmus. numer. 48. Vivium lib. 2. commun. opin. conclus. 108.*

Sed quo tempore artifex, qui operam suam ad opus aliquod faciendum locavit, mercedem promissam petere possit, quæritur? Nobis æqua videtur ab aliquibus tradita distinctio, inter opus, quod brevi tempore, & sumptu exiguo perfici potest, & illud, quod sumptum ac victum magnum, longumque tempus desiderat, ut priore casu non nisi perfecto opere, merces debeatur: (a) posteriore verò casu, sicut operæ præstantur particulariter, ita & merces particulatim etiam post cœptum opus, & antequam perfectum fuerit, debeatur, & solvenda sit, etiam in futuram operam: (b) modò tamen artifex satisdet, in opus illud, pecuniam impensum iri. (c) 33

a) Locatio enim & conductio similis est emptiòni & venditioni, *l. 2. ff. locat. & Inst. de locat. & cond. in princ.* Sed emptor precium dare venditori non tenetur, prinsquam ab eo rem venditam acceperit, *l. qui pendentem 25. ff. de action. empt. l. purè. 3. §. si servus. ff. de dol. except.* Cujac. *23. observ. 15.* Proindeque regulariter nec artifici ex locatione & conductione merces debetur, antequam is operam debitam præstiterit. Idque sentit etiam Wesenb. *in Paratitl. ff. locat. num. 4. &* Donell. *13. Comment. cap. 9. pag. 162.* (b) *l. Iulianus. 13. §. unde quæritur. ff. de action. empt. l. si is 80. §. quædam, vers. sed etsi opus, ff. ad l. Falcid.* Cyn. Bald. *n. 2.* & Sichard. *n. 2. & 3. in l. 2. C. de locat.* (c) *argument. l. insulam 58. §. fin. ubi* Pac. *ff. locat. conduct.*

Quod si etiam famuli, famulæve nostræ, ante finitum locationis conductionis tempus, ex famulitio discedant, merces ipsis non debetur: nisi discessus sui causas habeant justas. 34

Per text. in l. qui hoc anno 42. & l. eum qui 133. in princ. ff. de Verbor. Obligat. Bald. *in d. l. 2. num. 2. & ibid. etiam* Sichard. *num. 4. Cod. de locat.* Atque ita etiam expressè cautum est in statuto Wirtemberg. Als Landtrecht / *pag. 216.* Erneuert Landtrecht / *fol. 300. tit.* Von Ehehalten vnnd Dienstbotten. *item* Landts-Ordnung / *pag. 99. in fine.* puta propter nimiam domini sævitiam. *arg §. sed hoc 2. Inst. qui sunt sui vel alien jur.* Menochius. *lib. 2. arbitr. judic. quæstion. cas. 364. n. 14.*

Quòd si locator aliquid faciendum artifici locaverit, principale debitum locationis, ut dixi, in operæ præstatione consistit: veluti, si Titius vinum de Campania transportandum Mævio locaverit: (a) vel navicularius onus Minturnas vehendum dederit: (b) vel dederit puerum Magistro erudiendum: (c) vel si Flaccus dederit Martio domum faciendam, 35

dam, (d) Atque hoc locationis genere id actum apparet, ut eo spacio opus absolveretur, sine quo fieri non posset. (e)

a) *l. Videamus 11. §. qui vinum, 3. ff locat.* (b) *l. item quæritur. 13. § si naviculatius 1 ff. d. t.* (c) *d. l. item. 13. §. si quis servum. ff. d. t.* [d] *l. Martius. 59 ff. locat.* (e) *l. Insulam 58. §. 1. ff d. t.*

36 Est quoque, ut dixi, principale locationis debitum, ut res locata finito locationis tempore locatori restituatur. (a) Quod si conductor rem locatori, recuperare eam volenti, malitiosè non restituerit, quanti in litem juratum fuerit, condemnabitur. (b) Quin etiam, si litem usque ad definitivam sententiam expectaverit, non solum rem locatam, sed etiam æstimationem ejus victrici parti, ad similitudinem invasoris alienæ possessionis, præbere compellitur (c)

a) *§. Conductor. 3. verf. qui pro usu. Instit. de locat. & conduct. l. si quis 25. C. de locat.* (b) *l. si cui. 48. §. quis servum. 1 ff. locat.* (c) *l. conductores. 34. ubi* Sichard. Gilken. & alii. *C. de locat.*

37 Et potest locator, finita locatione, etiam invito conductore, fundum aut domum alii locare: cui si conductor primus hac in re molestiam inferat, si privatus est, acriter cœsus exilii pœnam subire: si miles, decem librarum auri dispendio mulctari jubetur.

l. Nec cui 32. ubi Dd. *C. de locat.* Anton. Gomez. *tom. 2. variar. resolut. capit 3. num 5.*

38 Potest quandoque locator etiam ante exactum conductionis tempus conductorem cogere, ut rem restituat: veluti, si inquilinus intra biennium mercedem non solvat: vel malè in re locata versetur: aut locator ex causa, quæ locationis tempore non apparebat, ipse domum, ut propriis usibus necessariam, inhabitare, vel eam necessariò reficere velit.

c *Pen. §. 1. extr. de locat. l. 3. ubi* Sichard. *num. 1. 4 6 8. & 10. C. d. t. Quæro. 54. § inter locatorem, & l. cum Domini. 56. ff. locat. l. vectigalia 10. §. 1. ff de publician.* vide Gomez. *tom. 2. cap. 2. num 3.* Fürstlich Würtembergisch Landrecht / *pag. 213.* Coral. *in l. in emphyteuticariis. num. 1. C. de jur. emphy. & alios quos* citat Dn. Harpprecht. *ad tit. Inst de locat. conduct. in pr. num. 57.*

39 Atque eo casu quo expellitur conductor ideò, quod malè in re versatur, ex communi Dd. sententia integram mercedem præstare locatori tenetur.

Gloss in Authent. quæ rem hujusmodi, in verb. temporis, Cod. de SS. Eccles. Cyn. Bald. Salic. Sichard. *in d. l 3. Cod. de locat.* Fürstlich Würtembergisch Landrecht / *part. 2. tit. 17. §.* So begibt sich / *fol. 298.* dissentit gloss. *in loco prox. alleg. in verbo. versata est.*

Quod

Quod si etiam ad breve tempus, puta tempus semestre, res locata 40
sit, & rem eam locator vendat, emptori cedere conductor tenetur.

l. Emptorem 9. C. de locat. l. si merces 25. §. 1 ff. locat. facit l. Iulianus 13. §. pen. ff. de act. empt. vide Covarruv. *var. resol c. 15.* Guid. Pap. *quæst 480. &* Gomez. *lib. 2. variar. resol. cap. 3. n. 9.* locator tamen conductori si hic ante tempus migrare cogatur ad interesse tenetur. *d. l. si merces. 25. §. 1. ff. locati.* Moller. *4. semestr. cap. 14.* An & quando successor à locatione discedere possit, ostendit Mantica *de tacit. & ambig. convent. libr. 5. tit. 9. ubi tit. 10.* de successore singulari agit. *& tit. 11.* An talis colonum partiarium expellere possit.

Sequitur de accessorio locationis debito: quod naturale est vel con- 41
ventionale. Naturale, quod jure & potestate locationis citra pactum debetur: quod positum est, tum in cura rei locatæ, tùm in usuris mercedis, mora interveniente, tum etiam in rescissione locationis, si nec dimidia justæ mercedis pars promissa sit.

Prospicere enim debet conductor, ne aliquo vel jus rei, vel corpus 42
deterius faciat, aut fieri patiatur. (a) Quod si ejus dolo vel culpa lata, aut levi res perierit, vel deterior efficiatur, locatori hoc etiam nomine tenetur: (b) levissimam culpam & casum fortuitum non præstat. (c)

a) *l. Videamus 11. §. item prospicere. ff. locat.* (b) *d. l. videamus. 11. in princ. & §. qui vinum, & l. si quis 9. §. Celsus. ff. locat. l. in judicio. 28. C. de locat. l. contractus. 23. ff. de Reg. Iur.* (c) *l. si ut certo 5. §. nunc videndum. ff. commod. vide dict. mea commentaria in d. l. contractus, 23 ff. de Reg. Iur. capit. 4. num. 9.* Fachin. *libr. 1. controv. 87.* Gomez. *tom. 2. variar. resolut. cap. 3. num. 19.* Donell. tamen *libr. 13. Comment. c. 8. pag. 139.* scribit, conductorem teneri etiam de culpa levissima. Petrus Faber *ad d. l. 23. n. 100. ff. de reg. jur.*

Similiter, ut dixi, locatori tenetur conductor præstare mercedis 43
usuras, si mora solutionis intervenerit.

l. Præses 17. C. de locat. l. mora 32. §. in bonæ fidei, & leg. videamus. 8. ff. de usur.

Et licet hoc nomine, quod aliquantò minoris res locata est: (a) 44
vel quod alius majorem pensionem obtulit, (b) locatio conductio rescindi non possit: vel amplius, quàm convenit, locator petere nequeat: (c) si tamen ne dimidia quidem justæ mercedis pars promissa sit, integrum est locatori locationem revocare, nisi justam mercedem conductor præstare malit. (d)

a) *l. & Ideo. 23. ff. locat.* (b) *l. si olei. 21. C. de locat.* (c) *l. legem quidem. 16 & l. si conductionis 26. C. d. t.* (d) *argum. l. 2. & l. si voluntate 8 in fin. C. de rescind. vend. c. 3. & pen. extr. de empt. & vend. junct. l. 2. ff. locat.*

& princ. Inſt. de locat. & cond. quia eſt bonæ fidei emptioni vicina, Harmenop. *lib. 3. prompt. Iur. civil. tit. 8. de locat. cap. ult.* Schurpff. *conſil. 85. cent. 1. num. 15.* Gail. *2. obſerv. 70.* Portius *conſil. 144. n. 9.* Mynſing. *4. obſerv. 73. & cent. 6. obſerv. 38.* Pinel. *in d. l. 2. C. de reſcind. vend. part. 1. c. 3. num. 17. & ſeq.* Donell. *in d. l. 2. num. 19. C. d. t.* Robert. *libr. 2. animad. Iur. civil. c. 14. &* Cujac. *libr. 2. ad libr. animad. Robert. cap. 14.* Quid ſi jam finita ſit locatio, & reſciſſioni non eſſe locum, cum hoc in caſu electione non poſſit frui conventus, ſed diſſent. Pinel. *dict. cap. 3. n. 20.*

45 Acceſſorium locationis debitum conventionale eſt, quod ex mutuo contrahentium placito naſcitur. Eſtque expreſſæ conventionis, vel tacitæ. Expreſſæ, ſi locator & conductor pacto expreſſo egerit, ut hic illi præter dolum, & culpam levem, etiam leviſſimam culpam, & caſum fortuitum præſtaret. [a] Item ſi inter eos ſpecialiter convenerit, ut conductor, qui opus faciendum conduxit, ipſemet ſuis operis faceret opus: quo caſu ipſemet conductor opus perficere tenetur. [b]

a] *l. Contractus 23. ff de Reg. Iur. l. ſi quis 9. § ſi quis fundum, l. item 13. §. ſi gemma, ff. locat.* [b] *l. inter artifices 31. ff de ſolut. fac. l. fideicommiſſa 11. §. fin. ibi, cum teſtator per ipſum id fieri voluerit, ff. de legat. 3.* vide gloſſ. *in l. ſtipulatio, 21. §. ſive autem, in verb. ſive ff. de nov. oper nunc. & in l. ſtipulationis commodiſſimum 53. in verb. ſpecialiter, ff. de verb. obligat. &* Sichard. *ad Rubr. C. de locat. num. 5.* Gomez. *variar. reſolut. tom. 2. c. 10. n. 22.*

46 Tacitæ conventionis debitum locationis eſt, quod res invectæ & illatæ in prædium urbanum locatori tacitè pignori ſunt obligatæ.

l. 4. In princ. ff. de pact. l. 2. 3. & 4. ff. in quib. cauſ. pign. vel. hypoth. tac. contrah. l. ultim. in princ. C. d. tit. Fürſtenthumbs Würtemberg Landrecht / *pag. 236. in princip.* Dn. D. Beſold. *in diſput. 2. ad Stat. Würtemb. theſ. 53.* Si verò alicui gratis fuiſſet conceſſam habitatio, ceſſat tacita hæc hypotheca: Dn. D. Harpprecht. *in §. 4. Inſtit quib. mod. re contrah. obligat. num. 13.*

47 Studioſorum tamen libri, in habitationem illati, tacita conventione non obligantur.

Per l. obligatione generali 6. ff. de pign. Accurſ. *in l. nepos Proculo 125. in verb. dignitate, ff. de V. S.* Angel. Zaſ & alii *in §. item Serviana, 7. Inſt. de act.* Sichard. *ad rubr. C. de pignor. num. 18. & in l. 5. Cod. h. t. numer. 9. Quid de rebus minorum: vide infr. hac claſſe. diſp. 12. theſ. 55.*

48 Atque ejuſmodi eſt locationis debitum. Actio, quâ locationis debitum locator perſequi poteſt, dicitur locati actio, (*a*) item actio ex locato. (*b*)

a] *Inſt. t. de locat. & conduct. in princ.* & Rubr. *ff. locat. cond.* [b] *§. actionum autem, Inſt. de act. l. 5. l. & ego. 10. l. item quæritur. 13. in princ. & §§. ſeqq.*

§§. *seqq. l. item si precio. 22. in princ. l. & hæc distinctio. 35. §. 1. ff. locat. conduct.*

Succedit locationis conductionis pars altera in conductione. Con- 49
ductio est, quâ quis alium, pro mercede, in quantitate confestim constituta, ad præstandam vel rem fruendam, aut utendam, vel oblatam operam, vel ad oblatum opus à se faciendum, & accessiones quasdam sibi obligat. Vnde hic quadruplex inspectio incurrit: ejus, qui conducit: mercedis, quæ constituitur: pacti, quod conductioni adjicitur: & obligationis, quâ conductori locator tenetur.

Hæc thesis ex sequentibus firmatum ac robur capit.

Conducere potest omnis, qui non specialiter prohibetur. [a] Pro- 50
hibetur autem fundum conducere miles, ne omisso armorum usu ad opus rusticum se conferat, & vicinis præsumptione cinguli militaris gravis existat: armis enim, non privatis negociis, occupari debet, ut numeris suis & cingulis jugiter inhærens Remp. ab omni bellorum necessitate defendat. [b]

a] *arg. l. Cum prætor 12. in pr. ff. de judic.* [b] *l. milites 31. & l fin C. de locat.* Georg. Achac. Enenckel. *de privil. milit. lib. 2. privil. 11. num. 2.* Quamvis stabulum pro equis aut alia sui usus gratia conducere non vetentur. Mozzius *d. loc. conduc. tit. de his qui locar. poss n. 3.*

Curialis, licèt in re conducta ut hæres alicui succedere possit: [a] 51
ipsemet tamen rerum alienarum conductor exigere nequit. [b]

a] *l. Curialis 30. ubi Bl. casum quendam excipit. C. de locat. & l. 4. ff. de decur.* [b] *d. l. 4. ff. dict. tit.* Pincier. *in Exercit. Iustin. disp. 6 thes. 4. lit. H.*

Merces est ea quantitas, quam quis usu rei suæ, aut opera sua mere- 52
tur, seu meret: [a] quæ in rebus immobilibus specialiter pensio dicitur: [b] vocatur item vectura, si pro rebus devehendis navi, aut jumentis, detur: ut & naulum, si detur naviculario: [d] nominatur quoque honorarium & salarium, si pro operis honestis solvatur. [e]

a] Donell. *lib. 13. Comment. c. 6. pag. 150.* [b] *l. 3. C. de locat. l. si quis 9. §. ult. & l. seq. l. ex conducto 15. §. Papinianus, l. sed addes. 19. §. 1. §. si quis cum. l. quæro. 54. ff. eod.* [c] *d. l. ex conducto 15. §. item cum quidam. ff. locat. l. ultim. in princ. ff. ad l. Rhod. de jactu l. cum duobus, 52. §. si quis ex sociis, ff. pro socio.* [d] *d. l. cum duobus 52. §. si quis ff. d. t.* [e] *l. qui operas 38. in fin. ff. locat. l. 1. §. sed etsi comitibus, & §. in honorariis, ff. de extraord. cognit.*

Duo autem conjunctim in mercedis constitutione requiruntur: 53
primò, ut in quantitate constituatur: secundò, ut quantitas illa certa ab initio definiatur.

Digitized by Google

54 In quantitate constitui merces dicitur, si in numero, pondere, vel mensura constituatur. Non enim probamus eorum opinionem, qui tantùm in numerata pecunia, non in alia quantitate, mercedem consistere tradunt.

l. Si olei 21. l. licet 8. ibi, certis annuis quantitatibus, C. de locat. l. & hac distinctio. 35 in fin. l. sed addes 19. §. si dominus, l. si merces 25. §. vis major. ff. locat. Coras. 2 *Miscell. 11.* Cujac. *ad Affric. in explic. d. l. & hac distinctio 35. §. cum fundum, ff. locat. pag. 528. & seq.* Morla *in Empor. Iur. part. 1. tit. 10. in præmiss. num. 5.* Pinel. *ad Rubr. C. de rescind. vend. part. 2. c. 3. num. 28. & seqq.* Dissentit Donell. *13. Comment. c. 6. pag. 152.* & Cujac *in Comment. in lib. 2 quæst. Papin. pag. 33. col. 2.* & præter alios Fachinæ. *lib. 1. controvers. jur. c. 82.* Et quia in quantitate constitui merces debet, non consistit in uno nummo, *l. si quis conduxerit. 46. ff. loc.* Vnus enim nummus mercedi sive precio opponitur. *l. si quis ante 10. §. ultim. ff. de acquir. vel amittend. possess.* vide Contium *lib. 1. disp. 16.* Ego *ad l. 23. ff. de R. I. c. 4. num. 9.* Dn. Harppr. *ad §. 1. Inst. h. t. num. 9. & 10.*

55 Quod si non ab initio certa constituatur merces, sed in futurum contrahentium arbitrium conferatur, non locatio & conductio contrahitur, sed contractus ille est innominatus; qui præscriptis verbis actionem parit.

§. qua de causa, ibi, nulla statim mercede constituta, Inst. de locat. & conduction. l. si tibi 23. ff. de præscript. verb. Quod si dicatur, ut res justa sit mercede locata, locatio & conductio non est, nisi ejusdem generis res certam in loco contractus mercedem habeat. Gomez. *tom. 2. c. 3. num. 4.* vide Pinel. *ad rubr. C. de rescindend. vend. part. 2. c. 3. num. 3. & 5.* Ego *ad l. 23. c. 4. num. 9.* Dissentit Gomez. *tom. 2. var. resol. c. 2. num. 9. & c. 3. num. 4.* Soarez. *in thes. sent. litt. C. num. 191.*

56 Et licet in certæ personæ arbitrium mercedis constitutio conferatur, locatio tamen & conductio perfecta non est, antequam persona illa mercedem constituerit: quæ si noluerit, nec potuerit definire mercedem, prò nihilo est conductio, nulla mercede constituta.

l. Si merces. 25. in pr. vers. sin autem. ff. locat. l. ult. C de contrab. empt. & vend. § & quæ supra. 2. Inst. de locat. & cond. junctis §. precium autem. 2. Inst. de empt. & vend. vide Tom. Linium *in pr. t. Inst. de locat. & cond. in verb. alieno arbitrio.*

57 Quod si partes mercedis constitutionem generaliter in alienum conferant arbitrium, nulla nominata certa persona, quæ mercedem definire debeat, locatio & conductio contrahi non videtur.

l. fin. C. de contrab. empt. l. 42. & l. seq. ff. de verb. obl. d. l. si merces 25. in pr. ff. locat. junctis iis quæ scribit Pinel. *ad Rubr. C. de rescind. vend.*

Digitized by

vend. part. 2. c. 1. num. 4. Borcholt. *ad princ. Inst. l. 1. num. 2.* Angel. *ibid. num. 6.*

Quod attinet pactum, quod conductioni adjici solet, varium id est: 58
eoque vel conductionis naturæ quid detrahitur, vel ipsi conductioni præter naturam quid additur: veluti si conveniat inter locatorem & conductorem, ne hic illi ex culpa teneatur, [a] vel ut ille huic poenam decem præstet, si hunc intra locationis tempora expellat. [b]

a] *l. Contractus 23. ff. de Reg. Iur.* [b] *l. quæro 54. § inter locatorem. ff. locat. conduct.*

Sequitur obligatio, quâ conductori locator tenetur. In ea autem 59
duo spectantur: debitum conductionis, & actio, quâ conductor illud persequi potest.

Debitum conductionis est, quo locatorem ex bono & æquo con- 60
ductori præstare oportet. [a] Idque vel principale est, vel accessorium.

a] *l. 2. §. ult. ff. de oblig. & § ult. Inst. de oblig. ex consens. & l. præses. 17. C. de locat. conduct.*

Principale debitum conductionis aliud est, si res conducta sit: aliud 61
item si conducta sit opera, vel opus faciendum. Re conducta, locator præstare conductori tenetur, ut ei re conducta frui, vel uti liceat. Unde duo ei præstare cogitur: rei possessionem, id est, detentionem, & ut ea præstita conductor ex lege conductionis frui vel uti possit.

l. Si quis domum, 9. in pr. l. ex conducto. 15 in pr. & §. 1. l. si in lege, 24. §. colonus, l. si fundus, 35. in pr. l. cum in plures 60. in pr. ff. locat.

Si quis tamen domum aut fundum conduxerit, quem locator præ- 62
stare nequeat, eo quod evictus sit, paratus autem videatur præstare aliam habitationem aut fundum, non minus commodum, æquissimum est audiri eum.

l. Si quis domum, 9. in princip. ubi Fulgos. *ff. locat. textus & quæ notantur in l. qui autem, 14. §. 2. ff. de constit. pecunia.* Anton. Gomez *tom. 2. c. 3. n. 2. variar. resolut.*

Quod si quis operam alicujus conduxerit, locator operam suam 63
conductori necessariò præstare tenetur, [a] vel id quod ejus interest operam præstari. [b]

a] *l. Item si precio, 22. §. cum insulam, ff. locat.* [b] *l. si quis ab alio, 13. in fin. ff. de re judic.* 7 alius in *§. actionum. 28. Inst. de act. n. 92.*

Opus faciendum si conduxerit quis, mercedem pro opere facto lo- 64
cator conductori præstare tenetur.

l. Item si precio. 22. §. 1. & 2. junct. l. 2. in fin. ff. locat.

Accessorium conductionis debitum est, naturale, vel conventiona- 65
le.

le. Naturale, quod jure & potestate conductionis, sine alia conventione locator conductori debet: veluti locato fundo, ut instrumenta fundi præstet, putà dolium, prælum, tarpetum, &c. [a] item locatis ædibus, ut eas reficiat & integras præstet. (b)

a) *l. Sed addes. 19. §. illud, ff. locat.* (b) *l. ex conducto. 15. §. 1. ibi, aut villa, non reficitur, l. cum in plures, 60. in pr. ff. locat.* Wesenbec. *in Paratitl. ff. locat. n. 16.*

66 Ejusdem etiam generis debitum est, præstatio damni, quod locatoris dolo, vel levi culpa, conductor ex re conducta sensit: putà, si locator etiam ignorans vitiosa conductori dederit vasa, quibus vinum infusum effluxit: (a) vel sciens locavit saltum pascuum, ubi mala herba nascitur: vel in pascendo pecore, aut reficienda vel pollenda veste, (c) vel in transportanda, cave restituenda, (d) conductori damnum dedit.

a) *l. In judicio, 28. C. de locat. d. l. sed addes, 19. §. 1. ff. locat. l. in rebus. §. item qui sciens, ff. commod.* (b) *d. l. sed addes. §. 1. ff. locat.* Treutl. *vol. 1. disput. 29. th. 7. lit C.* (c) *l. si quis domum. 6. §. Celsus. ff. h. t.* (d) *l. item quæritur. §. si fullo. ff. d. t.*

67 Est item ejusdem generis debitum, remissio pensionis, si per casum adversum prædio conducto uti frui prohibitus sit conductor. Si enim perfecta locatione conductione res conducta tota quandocunque vel casu, putà incendio vel terræ motu perierit vel publicata sit, ut ea frui vel uti non potuerit conductor: pro rata temporis, quo rei fructus vel usus cessavit, merces conductori remitti, & si fuerit soluta, restitui debet. Sin rei tantùm pars sit amissa, pro rata temporis, & pro illa tantùm parte amissa, quâ frui vel uti conductor non potuit, mercedis remissio & exoneratio fieri debet.

l. Si quis domum, 9. §. 1. in fin. & l. ex conducto, 15. §. cum quidam, l. si fundus, 33. l. Martius domum, 59. ff. locati. Sichard. *ad l. 3. Cod. h. t.* Gail. *2. obs. 23. num. 23. & seq.* An autem econtra pensio augenda ob immodicam ubertatem, Ita ex rationis paritate videtur dicendum: contrarium propugnat. Pinel. *part. 1. c. 3. num. 34. C. de rescind. vendit.* Arumæ. *decis. 1. num. 23. lib. 1. Non enim pro ut ob sterilitatem pensio remitti, ita ob ubertatem augeri, sed tantum remissa pensio peti potest. l. 14. ff. de legat. 3. l. 8. C. h. t. c. propter sterilitatem, extr. eod.* Treutler. *vol. 1. disp. 29. thes. 7. lit. E.*

68 Similiter si non ipsa res conducta casum passa sit, sed sterilitas, vel aliud damnum in fructibus contigerit: ut, si vis fluminis, graculorum, sturnorum, vel quid simile acciderit: aut incursus hostium fiat: si raucis aut herbis segetes corruptæ sint: vel labes facta sit: vel uredo fructum olivæ corruperit: aut solis fervore non assueto quid acciderit: damnum domini

Digitized by Google

domini eſt, non coloni, ne ſupra damnum ſeminis amiſſi mercedes fundi præſtare cogatur.

d. l. Exconducto, 15. §. ſi vis, ibi, ne ſupra damnum ſeminis, & §. ubicunque l. ſi merces, 25. §. vis major. ff. locat. c. propter ſterilitatem, extr. de locat. l. licet. 8. C. de locat. conduct. Caſtr. *in d. l. ſi merces, 25. §. vis major. ff. locat.* Pinel. *ad l. 2. Cod. de reſcind. vend. c. 3. n. 23.* vide Covarruv. *in pract. qu. c. 30.* & Menoch. *de arbit. jud. lib. 2. cent. 1. caſu 76.*

Si tamen vitium ex ipſa re oriatur, veluti, ſi vinum coacuerit, damnum coloni eſt: (*a*) ut & ſi ejus culpa ſterilitas accidat, ut quia culturam deſeruit, aut in colendo agro negligentior fuit, (*b*) vel quia conducit rem evidenter ſterilem. (*c*) 69

a) *d. l. Ex conducto, 15. §. ſi vis, verſ. ſi quæ tamen vitia, ff. locat.* Pinel. *ad d. l. 2. C. de reſcind. vend. part. 1. c. 3. num. 23.* (b) *d. l. ex conducto 15. §. fin. ubi gl. off in verb. coluiſti. ff. locat.* (c) *l. qui bona, §. de illo. ff. de damn. infect. gl. in l. habitatores, in fin. ff. locat.* Gail. *2. obſervat. 23. num. 21.*

Modicum quoque damnum æquo animo ferre colonus debet. Et colonus partiarius, quaſi ſocietatis jure, & damnum & lucrum cum domino fundi partitur. 70

d. l. Ex conducto, 15. §. cum quidam, 5. & d. l. ſi merces. 25. §. vis major. ff. locat. Gail. *d. obſ. 23. n. 22.*

Quamvis autem ob caſum, mercedis remiſſionem & exonerationem locator conductori præſtare teneatur: attamen ſi alio quodam anno ſequente ubertas ſolito major contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo penſetur, etiam pro eo anno, qui ſterilis fuit, integra penſio exigi poteſt. 71

d. l. Ex conducto, 15. §. Papinianus. 4. ff. locat. d. l. licet. 8. & l. excepto. 18. C. de locat. c. propter ext. d. t. ſupr. th. 66. in fin.

Continetur & illud naturali conductionis acceſſorio debito, ut patiatur locator conductorem alii rem conductam relocare: (*a*) & ut res conducta intra tempus conductionis ad conductoris heredes tranſeat. (*b*) 72

a) *l. Nemo prohibetur. 6. C. de locat. l qui inſulam. 30. ff. locat. l. Moſchis. 47. §. 1. ff. de jur. fiſc.* (b) *l. viam veritatis, 10. C. de locat.*

Si quis item meſſem, inſpiciente colono, furtim ſuſtulerit, vi conductionis naturali tenetur locator frumentum condicere à fure, & conductori reſtituere. 73

l. Cùm plures. 60. §. ſi meſſem. ff. locat.

Qui ſi rem alienam mihi quis locaverit, quæ mihi poſteà legetur, 74

Digitized by Google

vel donetur: potestate conductionis naturali in hoc mihi tenetur locator, ut me liberet.

l. Etsi ego, 10. junct. l. si quis domum. 9. §. si alienam domum. ff. locat.

75 Si quid etiam conductor in domum conductam necessariò vel utiliter impenderit, veluti ostium, vel quædam alia ædificio adjecerit: ex natura conductionis pati debet locator, ut id tollatur, cautione tamen damni infecti ab inquilino præstita, ne in aliquo, dum aufert, deteriorem causam ædium faciat, sed ut pristinam faciem ædibus reddat.

l. Sed addes, 11. §. si inquilinus. l. dominus horreorum. 55. §. 1. ff. locat. Sic etiam colonus, qui in agrum aut vineam necessarias, vel utiles impensas fecit, reputare eas domino potest. *l. si quis. 9. §. 1. & l. pen. in princ. ff. locat.*

76 Est denique & illud hujus generis debitum, quod conductor, qui mercedem duplo majorem promisit, rescindendæ conductionis jus habeat: nisi justam mercedem locator præstare malit.

Argument. l. 2. & l. si voluntate. 8. C. de rescind. vend. & c. penult. extr. de empt. & vend. junct. l. 2 ff. locat. & princ. tit Inst. de locat & conduct. Pinel. *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c 3. num. 17. & seq.* Donell. *ad eand. l. 2. num. 19. C. d. t.* Robert. *lib. 2 animadv. jur. c. 14.* Dissentit Cujac. *lib. 16. obs. 18 & in notat. ad lib. animadv* Robert. *lib 2 c. 14.*

77 Cæterùm conventionale conductionis debitum est, quod ex conventione, putà pacto, conductioni adjecto, contrahitur. (a) Conventio tamen, ut locator casum præstet, ad casum insolitum non porrigitur. (b)

a) *l. Si quis 9. §. si quis fundum. 2. l. ex conducto. 15. §. 1. in fin. ff. locat. l. contractus, 23 ff. de R I.* (b) *l. fistulas. 78. §. final ff. de contrah. empt. l sed etsi quis. 4. §. quæsitum. ff. si quis caut. l. Seio. 10. § Medico. ff. de annuis leg.* Gail. *2. observat. 23. num. 18.* Mantica *de tacit. convent. libr. 5. titul. 8.*

78 Restat actio, quæ conductori competit. Ea est actio conducti. (a) sive ex conducto, (b) quâ conductor, adversus locatorem constitutum debitum locationis persequitur.

a) *Rubr. ff. locat. conduct.* (b) *l. ex conducto. 15. in princ l. & hac 35. §. cùm fundum ff. locat.*

79 Qualis vero actio competat conductori adversus tertium pro tuenda sua detentatione? Et communis est opinio quod concedatur officium judicis.

Vide Valasc. *de jur. Emphyt. quæst. 18. num. 2.*

80 Colonus vi expulsus potest agere contra locatorem, ut sibi cedat interdictum unde vi.

Valascus *dict. tr. quæst. 20. n. 10.* Et

Digitized by Google

Et si quis conductorem ad longum tempus turbet, & domino & 81
conductori integrum est remedio possessorio experiri.

Valasc. *de jur. Emphyt. quæst. 18. num. 12.* vide Menoch. *recuper. possess. remed. 1. num. 62.* Notandum tamen quod colonus tradendo rem alteri, nec ficte, nec verè privet dominum suâ possessione, proinde domino integrum est, hoc in casu competenti experiri remedio possessorio. Vide Valascum *dict quæst. num. 15.* Secus est in Emphyteusi.

Clas. II. Disputat. V.

De Societate.

Thesis I.

EXcussis hactenus, & jam cognitis duabus primis speciebus contractuum qui solo fiunt consensu, despiciemus modò de specie tertia, quæ est societas. 1

l. 2. In princ. ff. de obligat. & act. & Instit. tit. de obligat. ex consens. in princ. Mantica *de tacit & ambig. convention. lib. 6. tit. 1.*

Est autem societas contractus solo consensu initus, (a) de Rebus, (b) vel operis, (c) aut utriusque, (d) communionis habendæ animo, (e) conferendis. (f) Eodemque sensu consortium voluntarium appellatur. (g) 2

a) *d. l. 2. In princ. & §. 1. ff. de oblig & act. & d. tit. Instit. de oblig ex consensu.* (b) *l. 1. §. 1. l. ut sit pro socio. 31. & l. seq. ff. pro socio.* (c) *l. duo societatem, 71. ff. d. t.* (d) *l. 1. Cod. eod. l. societates, 5. §. 1. & l. seq. l. si non fuerit, 29. in princ. ff. d. t.* (e) *d. l. ut sit pro socio 31. in princ. & l. seq. l. planè, 37. l. si margarita. 44. ff. pro socio.* Possunt quidem res duorum dominorum voluntate eorum, confundi, eaque confusio totum corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune efficit: *l. adeò quidem. 7. §. voluntas, ff. de adquir. rerum domin. §. si duorum materia. Instit. de rerum divis.* verum ipsa sola voluntas de rebus confundendis per se non inducit societatem, quamvis res confusæ communes fiant, sed societas ut sit, necesse est, ut res confundantur, vel conferantur hac affectione & animo, ut sint communes, ut diserte arguunt ll. prius *ad lit. E. citata.* Do-

Digitized by Google

nell. *lib. 13. Comment. cap. 15. pag. 183.* existimat, ad substantiam societatis desiderari, ut communio suscipiatur, in hunc finem, ut inde lucrum fiat commune; Verùm licet nihil de lucro communicando in ipso societatis contractu expressè agatur, attamen societatem contrahi, vel sola affectione & animo communionis habendæ, suprà allegatæ ll. abundè testantur; unde lucri communicatio est tantum de natura societatis, non de societatis substantia; sed affectio & animus communionis habendæ est substantia societatis. (f) Hinc societas, quæ donationis causâ interponitur, nulla est, *l. cùm hic status. 32. § si inter virum. ff. de donat. inter virum & uxor. & l. societates, 5. §. ult. ff. pro socio*, (g) *l. cùm duobus, 52. §. idem Papinianus, ff. pro socio.*

3 Societatem afficiunt tum ipsa consociatio; tum dissociatio; (a) tum denique societatis obligatio. (b)

a) *l. Societatem. 4. § dissociamur. 1. ff. d. tit.* (b) *l. 2. ibi, consensu fiunt obligationes in societatibus: ff. de oblig & act. tit. Instit. de societate, in pr. ibi, consensu fiunt obligationes in societatibus.*

4 Consociatio est ipse actus contrahendi societatem; in quo spectantur tum personæ, cum quibus societatem coire possumus, vel non; tum res, de quibus contrahitur; tum denique modus coeundæ societatis.

5 Contrahere possumus societatem non modò cum personis liberæ conditionis, sed & cum servis; (a) proindeque etiam cum filiisfamiliàs. (b) Item cum fœminis, & quisque cum conjuge sua, (c) at cum hostibus, hæreticis & Saracenis, societatis contio nulla est. (d)

a) *l. Si id, 58. §. ult. ff pro socio.* (b) *d. l. si id quod 58. § si filiusfam 2. ff eod.* (c) *l. alimentæ, 16. §. fin. ff de alim. & cibar legat. l. cum hic status, 32. §. si inter virum, 24. ff. de donat. int. vir & ux.* Menoch. *consil 121. libr. 2.* (d) Nicol. Boër. *decis. 179. n. 7.* & Petr. Duennas. *in fallent. regul. jur. Regul. 191. fallent. 1.* Sed quid de judæis. Mozz *de contractib. tit. de societat. rubr. de personis quæ, &c. num. 21.* Vbi authoritate aliorum affirmativæ inhæret sententiæ.

6 Res, de quibus coiri societas potest, sunt ipsorum sociorum bona, & operæ quæstuariæ, (a) honestæ & licitæ: inhonestarum enim rerum & operarum nulla est societas; veluti si maleficii societas coita sit; (b) qualis etiam societas est, quâ annona carior efficitur, (c) & quâ advocatus pendente lite cum cliente suo de futuri emolumenti communione tractat. (d)

a) *l. 1. § 1. l. 5. in princ. & §. 1. l. si societatem. 6. l. quæstus, 8. l. si non fuerint, 29. ff. pro socio.* (b) *l. quod autem. 53. l. nec prætermittendum, 57. ff. d. t.* (c) *l. 2 in pr. ff. ad leg. Iul. de annon. facit l. 3. in fin. ff. de Feriis.* (d) *l. 1. §. si cui cautum, 12. ff. de var. & extraord. cognit.*

Con-

Digitized by Google

Contrahitur autem ſocietas, vel ſpecialiter & nominatim omnium, (a) ſive univerſorum, (b) ſive totorum, (c) bonorum, ſive fortunarum; vel ſimpliciter, (d) vel nominatim rei unius, vel certarum rerum, (e) aut negotiationis cujuſdam. (f) 7

a) *l. 1. §. 1. l. ea verò 3. §. 1. l. cum duobus, 52. §. ſocium 16. & §. ult. ff. pro ſocio.* (b) *l. ſocietates. 5. in princ. l. verum eſt, 63. in princ. l. ſocietatem, 73. in princ. ff. d. t.* (c) *l. actione. 63. in pr. l. ſi unus, 67. § ſi unus, l. nemo, 68. in pr. ff. eod. Inſt. tit. de ſocietat. in princ.* (d) *l. coiri, 7. ff. h. t. vid. theſ. 13.* (e) *l. 5. in princ. l. verum eſt. 63. in princ & d. l. actione. 65. in princ. ff. pro ſocio. vid. theſ. 14. infr.* (f) *d. tit. Inſt. de ſocietate, in princ. & d. l. 5. in princ. ff. d. t.* Mantica. *de tacit. & ambig. convent. lib. 6. tit. 2.*

Et licèt ſocii ſimpliciter dixerint bonorum ſocietatem coiri, attamen omnium bonorum contrahi ſocietatem putamus. 8

l. Titium, 47. §. altero, 6 ff de adminiſt. & pericul tut. facit. l. uxori, 24. & l. uxori meæ, 37 ff. de uſufruct. legat. & ſentit ita Cujac. *in Commentar. in lib. 32 Pauli ad edict. pag 128.* Sed vide Mudæum. *in tit. pro ſocio. l. coiri 7. num. 7.* Si dixerint ſimpliciter ſocietatem coiri, contrahi intelligitur ſocietas eorum, quæ ex quæſtu vel opera proveniunt *d. l. coiri. 7. & l. ſeq. ff h. tit. &* vide *infr. theſ. 13.* adde Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 6. tit. 3. & tit. 9. & ſeq.*

Quando autem ſpecialiter & nominatim omnium, univerſorum, ſive totorum bonorum ſive fortunarum ſocietas contrahitur, tunc & præſentia, (a) & futura bona in ſocietatem veniunt, ſive opera ſociorum ſint quæſita, ſive alieno beneficio, ſive ob alienum delictum obveverint. Opera ſociorum, veluti, ſi quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione, & ſimilibus commerciis obtigerit: (b) Alieno beneficio, ut ſi quæ hereditas ſocio delata & adquiſita ſit: vel ſi quid ei legatum aut donatum ſit. (c) Ob alienum delictum, veluti ſi quid ſocius ob injuriam ſibi ſuiſque factam, aut damnum ſibi vel filii corpori datum, adeptus ſit. (d) 9

a) *d. l. 1 §. 1. ff. pro ſocio* (b) *l. coiri. 7 ff. d. t.* (c) *l 3 §. 1. l. actione, 65. §. diximus, l ſi ſocietatem, 73. ff. eod.* (d) *l. cum duobus, 52. §. ſocium univerſa. & l. ſeq. ff. h. t.*

Et quia bonorum appellatione continentur etiam nomina, puta actiones, & perſecutiones, (a) fit ut hæ ad ſocietatem omnium bonorum pertineant, (b) non modò præſentes, ſed & futuræ. (c) 10

a) *l. Bonorum, ff de verbor. ſignif.* (b) *l. ea verò 3. in princ. ff. pro ſocio.* (c) *l. ult. C quæ res pignori obligari poſſ.*

Non tamen eodem modo res ſociorum omnes in ſocietatem veniunt. Corpora enim, quæ ſociorum tempore contractus ſunt, continuò 11

communicantur, (a) quia licèt traditio specialiter non interveniat, tacitè tamen creditur intervenire. (b) At quæ adquiruntur corpora, adquirentis socii fiunt, non fiunt communia, judicio tamen pro socio, si communicare ea socius uolit, in commune sunt redigenda. (c) Neque etiam continuò communicantur nomina, quæ cujusque sunt socii tempore contractus, sed actiones invicem præstare & cedere socii debent. (d)

a] *l. 1. §. 1. ff. Pro socio.* [b] *l. 2. ff. d. t.* [c] *l. si societatem. 73. in pr. & l. seq. ff. h. t.* Zal. *num. 3.* & Costal. *in l. si socius, 16. ff. de reb. cred.* Mudæus. *in d. l. 1. §. 1. num. 2. ff. pro socio.* Gometz. *de contractib. tom. 2. c. 5. num. 3. vers. ult.* Cujac. *in lib 62. Pauli ad edict. pag. 117* [d] *l. 3. in pr. ff. eod. l. possessio. 49. in fin. ff. de acquir. vel amitt. poss.* Sed quæ actiones cedendæ sive præstandæ sint directæ vel utiles, quæri hic potest? Et videntur directæ actiones præstandæ, utiles enim licèt eas socius non mandarit aut cesserit, suo tamen nomine alter socius exercere posse putatur, *l. emptor 5. l postquam. 7. & l. ex nominis, 8. Cod. de heredit. vel act. vendit. l. ult. C. quand. fiscus vel privatus, l. ex legat. 18. C. de legat.* Atque ita sentit Donell. *lib. 13. Comment. c. 16. pag. 185.* At verius est directas personales actiones, licèt ea mandentur alii, non transire ad eum, cui mandantur, sed consistere in ejus persona, cui directò competunt *l. 1. C. de oblig. & act & l. 3. vers. quamvis. C. d. Novation.* atque ita sibi contrarius tradit Donell. *ad d l. 3. num. 4. 13 & ult. in fin C. d t.* Sed facit negotium, *d. l. ex legato. 18. C de legat* Nos eam tropicè intelligimus de actionum directarum utilitate, quæ consistit in Iure & privilegio mandantis, *l 5. C. de heredit. & act. vendit. & l. ult. C. quand. fiscus vel privatus.*

12 Non veniunt etiam in societatem omnium bonorum, quæ ex prohibitis causis ad quemque sociorum pervenerunt, putà socii furto, vi, rapina, aut alio maleficio. [a] Si tamen ultrò in medium collata sint, commune erit lucrum: (b) quandiu socius ille ex maleficio suo damnatus non fuerit. (c) Quod si ex prohibitis causis adquisita, sciente altero socio in commune collata sint, damnato socio ex maleficio suo etiam in pœnam, hanc quoquo pœnam socius alter propter scientiam rei illicitæ, etiam dissoluta societate, agnoscere tenetur. Æquum est ut cujus participavit lucrum, participet & damnum. (d)

a) *l. Cum duobus, 52. §. idem ait, 17. ff pro socio.* quæsita enim maleficio, non sunt in bonis ejus, qui quæsivit, siquidem ad ea retinenda exceptionem non habeat adversus dominum, ea repetentem. Et ea tantum in bonis nostris habere intelligamur, quæ possidentes exceptione tueri possumus, & ad quæ recuperanda actionem habeamus. *l. rem in bonis.*

Digitized by Google

nis. 52. ff. de oblig. & act. Cum ergò non ſint in bonis, ſocietas autem bonorum ſit contracta, non pertinent ad communionem. (b) l. quod autem. 53. ff. pro ſocio, (c) l. quod enim. 54. ff. eod. (d) l. ſi igitur. 55. & l. ſeq. ff. d. t. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 6. t. 15.

Simpliciter verò ſocietas contrahi dicitur, quando inter duos plu- 13
reſve convenit, ut ſit inter ſe ſocietas, non adjecta mentione bonorum, vel negotiationis certæ: cujus ſocietatis hæc vis eſt, ut communia fiant univerſa, quæ ex quæſtu, id eſt, opera & contractu cujuſque veniunt: putà, lucrum omne quod ex emptione venditione, locatione conductione, & ſimilibus commerciis deſcendit: (a) quicquid verò ſociis alieno beneficio obvenit, veluti hereditas, legatum, donatio, ad communionem non pertinet: (b) ut nec æs alienum, niſi quod ex quæſtu pendet. (c)

a) l. Corri. 7. & ibi Mudæus. num. 2. & l. ſeq. l. ſed & ſi. 13 ff. pro ſocio. Alexander. conſil. 103. num. 6. vol. 3. (b) l. nec adjecit. 9. l. & quia. 10. ff d. t. (c) l. ſed nec æs. 12. ff. eod.

Nominatim rei unius, vel certarum rerum contrahitur ſocietas, ſi 14
quiſque ſociorum partem ſuorum bonorum in communionem conferat: veluti ſi Titius & Mævius conjuncto dominio, atque ita animo habendæ ſocietatis, emant prædium, idque traditum pro indiviſo communiter poſſideant: (a) Item ſi ita duo ſocietatem coeant, ut ſi quæ juſta hereditas alterutri obvenerit, ea communis ſit, qualis ſocietas de legitima tantum, non etiam teſtamentaria hereditate intelligi debet: (b) ut & ſi fratres parentum hereditates ideò indiviſas retinuerint, ut emolumentum & damnum in his commune ſentirent. (c)

a) l. 2. C. Pro ſocio. (b) l. ea verò. 3. §. de illo quæritur, 2. ff. d. t. (c) l. cum duobus, 52. §. Papinianus, 6. ff. eodem. Quæ cum ſociis univerſi quæſtus vel lucri, vel ſingularis negotiationis communicari debeant tradit Mantica lib. 6. de tacit. & ambig. convent. t. 16. Idem tit. 17. diſputat, an ſocius præſumatur emiſſe nomine proprio vel communi. & §. 18. Quæ ex communibus vel propriis bonis vel ex induſtria præſumantur acquiſita, & t. 19. An ſumptus à ſocio facti ejus portioni vel ſocietati debeant imputari. Idem t. 20. An dos data filiæ unius ex ſociis, portioni patris vel ſocietati imputari debeat. & t. 21. Damnum quod uni ex ſociis contingit an ſocietati imputandum. & t. 22. Æs alienum à ſocio contractum, an de communi ſolvendum.

Hujuſmodi autem ſocietas reſtringitur tantùm ad eam rem, vel eas 15
res, quæ in ſocietatem ſunt collatæ, & ad lucrum earundem: non etiam ad alias res, neque ad commodum, quod aliundè ſocii adquiſierunt.

d. l. Cum duobus. 52. §. Papinianus. 6. & d. l. 3. §. de illo quæritur. 2. ff. d. t.

Nego-

16 Negociationi cujusdam nominatim fit societas, si duo pluresve contrahant societatem vectigalium, (*a*) aut argentariæ, (*b*) aut professionis, veluti ut Grammaticam doceant, & quod ex professione illa sua quæstus fecerint, commune sit, (*c*) vel si contrahant societatem mancipiorum emendorum, & vendendorum: vel emendi vendendique vini, olei, frumenti. (*d*)

a] *l. Societates, 5. in pr. & l. verum est. 63. §. in heredem. 8. ff. pro socio* (b) *l. cum duobus, 52. §. cum duo, ff. d. t.* (c) *l. duo societatem. 71. in pr. ff. eod.* (d) *Inst. t. de societat. in pr.*

17 Atque hæc societas restringitur ad res duas: Primum, ut sit eorum tantùm, quæ ex quæstu veniunt; tum ut sit ex quæstu illius tantum negotiationis, vel professionis, de quâ societas conflata est. Si quidenim sociorum alter seperatim ex alia causa quæsierit & lucratus sit, ad communionem id non pertinere explorati juris est.

d. l. Cum duobus. 52 §. cum duo. ff. pro socio.

18 Sequitur de modo coeundæ societatis, qui consistit tum in declarando sociorum consensu de communione habenda: tum in pactis quæ contractui societatis adjiciuntur; tum in tempore & conditione societatis.

19 Consensus sociorum de communione habenda, declaratur non modò verbis expressis, sed & tacitè, re & facto: (*a*) ut si fratres adulti mortuo patre hereditatem possideant indivisam, unà simul vivant, lucra & reditus omnes invicem & indifferenter communicent. (*b*)

a) *l. societatem. 4.* ubi Mudæus. *ff. pro socio, facit l. recusari 95. ff. de acquir. heredit & l. 2. ff. de pact.* & tradit Mudæus *in l. cum duobus. 52. §. si fratres. ff. pro socio.* Duaren. *ad d. tit. c. 1.* Gravett. *conf. 26. num. 5.* Ioh. Cæphal. *conf. 485. num. 2. & seq. lib. 4.* Henning. Gœden. *conf. 87. nu. 4. in fin. & num. 5.* Eman. Soaretz. *in thesaur. recept. sentent. in lit. S. nu. 124.* (b) vide Menoch. & ab eo citatos *lib. 3. præsumpt. part. 2. præsumpt. 56. num. 37.* Gœden. *d. conf. 87. num. 4. 5. & seq.* & Mudæum *in d. l. cum duobus. 52. n 2. ff. pro socio.*

20 Pactio, quæ societatis contractui adjicitur maximè ea est, quæ de lucro & damno ferendo adjicitur; quæ pactio justa est, vel injusta. Iusta si conveniat, vel ad unum ex sociis duæ partes lucri, aut cum lucrum nullum sit, sed damnum, duæ partes damni ad eum pertineant, ad alium verò pars tertia lucri, aut damni: vel ut ad unum pertineant, duæ partes lucri, aut si lucrum nullum sit, sed damnum, damni pars tertia, ad alium verò duæ partes damni, aut lucri pars tertia: vel ut unus lucri partem ferat, de damno non teneatur, si tamen tanti sit opera, quanti damnum est, vel plus pecuniæ vel rei societati conferat, qui nihil, vel non tantùm

Digitized by Google

tantùm damni sentire debet. Plerunque enim tanta est industria socii ut plus societati conferat quàm pecunia. Et quandoque alter socius solus navigat, solus peregrinatur, & solus periculum subit.

a) *l. Si fuerit, 29. in princ. & §§. seqq.* ubi Mudæus, *num. 4. & seqq. & l. Mutius 39. ff. pro socio, §. 1. & seqq. Inst. tit. de societate*, vide Didac. Covarcuv. *lib. 3. resolut. cap. 2. num. 3* & Hartman. Pistor. *lib. 3. quæstion. jur. quæstion. 1. 2. 3. & 4.* Lucrum non dicitur, nisi omni damno deducto, neque damnum intelligitur, nisi omni deducto lucro: quocirca neque naturâ, neque conventione fieri potest, ut tempore eodem aliam partem lucri, aliam damni socius ferat: ut cum Mutio rectè sensit Servius *dict. l. Mutius 30. ff. pro socio.* Sed potest societas ita coiri, ut ejus lucri quod reliquum in societate sit, omni damno deducto pars alia feratur, & ejus damni quod similiter relinquatur, pars alia capiatur, ut contra Mutium rectè sensit Servius, *d. §. de illa sanè. 2. Inst. de societate.* Mantic. *dict. tract. lib. 6. tit. 4. & tit. seqq.*

Quod si mecum societatem coieris ea conditione, ut partes socie- 22
tatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, & conveniens est viri boni arbitrio, ut nonutique ex æquis partibus socii simus, veluti si alter plus operæ, industriæ, pecuniæ, in societatem collaturus sit.

l. Si societatem, 6. & l. quid enim. 80. ff. pro socio. vide Iohan. Robert. Aurelian. *lib. 2. sentent. jur. cap. 12.*

Similiter si societatem mecum coieris ea lege, ut Nerva pares lucri 23
& damni definiret, Nervæ autem arbitrium, ita pravum sit, ut manifesta ejus iniquitas appareat, certè hoc etiam casu arbitrium boni viri sequendum est, proindeque pravum illud arbitrium per bonæ fidei judicium corrigi potest.

l. Societatem. 76. l. in propositâ. 78. & duabus, ll. seqq. ff. pro socio.

Quod si verò Nerva vel nolit partes lucri & damni definire, vel an- 24
tequam eas constituat, moriatur, pro nihilo est societas. Licet enim non verbis specialiter & nominatim, re ipsa tamen id actum est, ne aliter societas sit, quàm ut Nerva arbitratus sit.

l. Si coita sit, 75. ff. pro socio facit l. ultim. Cod. de contrahend. empt. & vend. & §. sed nostra decisio, Instit. eodem tit. l. si merces, 25. in princip. ff. locati. l. si quis arbitratu. 43. ubi Donell. quem omninò vide & *l. seq. ff. de verb. oblig.* Dissentit Cujacius *ibidem, & lib. 4. quæst. Pauli, pag. 129. & seqq. in explicat. d. l. 76. & 79. ff. pro socio.*

Sed quæstionis est, possitne societas ex unius pecunia, & industria 25
alterius, ita coiri, ut pecunia, ponenti eam, salva sit, lucrum verò majori ex parte ad alterum, qui pecuniæ periculum subiit, pertineat, aut com-

comune sit, ubi illius opera non æquivaleat & correspondeat pecuniæ, neque ratione operæ suæ dignus sit dimidia lucri parte, sed tertia forsan aut quartâ? Et valere hanc conventionem, si fraus omnis absit, arbitramur.

Didac. Covarruv. *lib 3. var. resolut. c. 2. num 4. & seq. facit text. in c. per vestras in fin. extr. de donat. int vir & uxor.* sed vide Mudæum *in d. l. si non fuerint, 29. num 10. & seqq. ff. pro socio.* & Andr. Gail. *libr. 2. observ. pract. observ. 24. num 3.*

23 Illud expedit um est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro, vel solo damno, in altera verò omissa, in eo quoque, quod præterm issum est, eandem partem servari.

§. Illud expeditum, 3. Inst. de societate. ubi Schneidewin *num. 2.*

24 Injusta pactio est, si convenit, ut alter lucrum solus, alter damnum totum aut partem damni sentiret, qui l societas est leonina, proindeque nulla; [a] item ut socius industrius, qui solam operam confert, pecuniæ totius, quam solam alter socius ponit, periculum sustineat, & duas tantum lucri partes ferat. [b]

a] *l. Si non fuerint 29. §. ultim. ff. pro socio.* Mantica *d. tacit & ambig. convent. libr. 6. tit. 8.* Andr. Gail. *libr. 2. observat. practicar. observat. 122. num 5.*

25 Est quoque injusta societatis pactio, quâ convenit, ne à societate abeatur, [a] vel ut hæredes societati succedant. [b]

a] *l. Si convenerit 14 ff. pro socio.* Nemo enim invitus compellitur in societate manere *l. ult C. communi divid.* (b) *l. Ideo morte 59. in princ. ff. pro socio, l. Nemo 35. & l. actione 65. ff. d. t.* Hennig. God. *consil. 86. de societ. num. 2.* vide Cujac. *libr. 10. observat. cap. 25.* idem post Accursium scribit Cujac. de ea pactione quâ convenit, ut volenti liceat, etiam sine justa causa intempestivè societati renunciare, Cujac. *in Comment. in libr. 32. Pauli ad edict. pag. 130. & seq.* verum huic sententiæ repugnat textus *in d. l. actione 65. §. Labeo, autem 5. vers. hæc ita accipienda sunt. ff. pro socio.*

26 Quod attinet tempus & conditionem, certè coiri societas potest in perpetuum, id est, dum vivunt socii, (nulla enim in æternum societatis coitio est,) [a] vel ad tempus, puta ut simus socii in decennium, vel ex tempore, ut simus socii post biennium tranactum, vel sub conditione. [b]

a] *l. Nulla societas 70 ff. pro socio.* [b] *l. 6 in princ. ff. d. t. l. pen. C. eod.* Cujac. *in Comment. in lib. 32. Pauli ad edict. pag. 122. & seq.*

27 Dispiciendum modò de dissociatione, quâ societas distrahitur & dissolvitur; quod fit ex sociorum voluntate, vel morte sociorum, etiam

etiam unius, vel interitu rerum communium, aut mutatione conditionis earum.

l. 4. §. 1. l. verum est 63. §. ult. & duabus ll. seqq. ff. pro socio.

Voluntas quâ dissolvitur societas, vel tempore contractus declaratur, vel post. Voluntas, quæ tempore contractus declaratur, est ea, quâ societas contrahitur ad certum usque tempus, vel certæ alicujus negotiationis, unde sociorum voluntate etiam distrahi rectè dicitur societas, si tempus illud, ad quod usque coita est societas, venit, [a] ut & si certæ alicujus negotiationis societas contracta sit, & finis illi negotio impositus fuerit. [b] 30

a] *l. Actione 63. §. item si societatem in tempus, ff. pro socio*, Menoch. *consil. 121. num 61. vers. ac tamen ipsa, & num. 62. cum seqq.* [b] *dict. l. actione 63. §. item si alicujus, ff. pro socio, & §. solvitur, Instit. de societate.*

Et licèt emenso spatio temporis illius certi, ad quod usque inita est societas, ea revocari possit, expresse, vel tacitè, ea tamen renovata non præsumitur. 31

Menoch. *consil. 121. num. 72. & seqq. lib. 2.* Item *de præsumpt. part. 1. lib. 3. præsumpt. 57.*

Post contractam societatem declaratur voluntas dissociandi, vel 32
conventione sociorum; vel privata renunciatione, unius, aut quorundam sociorum.

Conventione sociorum distrahitur societas, vel novatione, vel nudo consensu. Novatione voluntariâ, vel necessariâ. Voluntariâ, si obligatio societatis in stipulationem transfundatur; necessariâ, si unus ex sociis agat cum alio, generali judicio pro socio, & alius judicium accipiat. [a] Nudo consensu societate abeunt socii, etiam quando unusquisque sibi negociatur. [b] 33

a) *d. l. Actione 63. in princ. ff. pro socio.* Novatio alia est voluntaria, ut quæ fit stipulatione; alia necessaria, quæ fit judicio accepto, *l. aliam 29. ff. de Novat.* generale judicium pro socio, cujus fit mentio *in l. pro socio 38. ff. pro socio*, dicitur, cum agitur generaliter, de deputandis & reddendis rationibus societatis, quod non datur, nisi finita aut mox finienda societate, *l. 5. C. d. t.* (b) *Utique cum separatim 64. ff. d. t.*

Privata renunciatione unius aut quorundam sociorum dissolvitur 34
societas, si ea ex probabili fiat causâ, & minimè dolosâ sit, vel intempestiva.

Mantica *de tacit. & ambig. convention. lib. 6. tit. 25. per tot.*

Ex probabili causâ fit renunciatio, si ideò socius renuncier, quod 35
sibi conditio sub qua societas coita erat, non præstatur; vel quod socius ita injuriosus & damnosus est, ut non expediat eum pati, [a] vel quod

ea re frui non licet, cujus gratia negotiatio suscepta fuit, [b] vel quod Reip. causa diu & invitus abfuturus est socius; nisi is valdè idoneus sit, aut facilis sit ei abfuturo per alium societatis administratio. [c]

a] *l. Si convenerit. 14. vers. quæ conditio, ff. pro socio.* [b] *l. vel quod ea. 15 ff d. t.* [c] *l. idemque erit. 16. ff. eod.*

36 Dolosa societatis renunciatio est, si ob lucrum obveniens, quod præsenserat, ut quia institutus sit heres, socius omnium bonorum renunciet.

d. l. Actione 65. §. diximus ff pro socio & §. manet autem. 4. vers. sed planè, Inst. de societat.

37 Intempestiva societatis renunciatio est, si tempore societatis nondum finito, nulla justa urgente causa, socius renunciet.

d. l. Si convenerit. 14. & dict. l. actione 65. §. item qui societatem, 6. ff. pro socio.

38 Quod si dolosè vel intempestivè quis renunciet societati, socium quidem à se at non se à socio liberat. Si quid enim adquisierit is, qui renunciavit, in commune redigitur; detrimentum autem solius est renunciantis: sed quod alter socius post socii renunciationem adquisivit, ad solum eum pertinet, detrimentum verò ab eo factum, commune est.

d. l. Si convenerit. 14. vers. nam & si non convenit; l. sed & socius 17. §. 1. l. actione. 65. §. diximus, vers. quod utrique & §§. seqq. ff. pro socio.

39 Tempestivè autem, & ex justa causa renunciatio fieri potest, etiam per Procuratorem, ad hoc specialiter constitutum; ut & per Procuratorem omnium bonorum, item per Curatorem furiosi; at socius Procuratori absentis socii, vel si adhibitis testibus protestatus fuerit, se à societate recedere, non rectè renunciat: nisi factam renunciationem socius absens ratam habeat.

d. l. Actione. 65. §. renunciare. & §. seq. ff. pro socio & l. ult. C. eod. t. Cujac. *in Comment. in lib. 32. ad edict. pag. 132.*

40 Morte etiam unius socii dissolvitur societas; & quidem morte naturali, vel civili, velut capitis deminutione maxima, aut media; non etiam minima.

l. Adeò morte. 59. in pr. l. verum est 63. §. societas quemadmodum, d. l. actione 65. §. morte unius, & §. societas, ff. pro socio, & §. solvitur adhuc. 5. Inst. de societate. Mantica *de tacit. & ambig. convention. lib. 6. t. 24.*

41 Si tamen in rem certam emendam, conducendamvé coita sit societas, etiam post alicujus mortem quicquid lucri aut detrimenti factum sit, commune est. (a) Cùm enim heres in emptione & conductione succedat, (b) contracta ejusmodi societate, id tacitè actum videtur, ut ea societas etiam in heredem continuaretur. (c)

a) *d. l.*

Digitized by Google

a] *d. l. Actione 65. §. 2. ff. pro socio*, [b] *§. ult. Inst. de locatione, l. viam 10. C. locati*, [c] Cujac. *in Commentar. in lib. 32. Pauli ad edict. pag. 127. ubi Respondet ad l. Titium §. altero, ff. de administr. tutor. & d. l. adeò 59. ff. pro socio.*

Hinc societate vectigalium contracta, inter Publicanos superstites, & heredem defuncti unius ex publicanis, quicquid etiam post mortem ejus lucri vel damni ex ea conductione contigerit, commune est. 42

d. l. Verum est 63. §. in heredem quoque 8. ff. pro socio, Cujac. *in dict. lib. 32. Pauli ad edict. pag. 127.*

Si item integris omnibus manentibus, alter ex sociis decesserit, & deinde res, de quâ societas contracta fuit, sequatur, veluti superstes socius negocietur, siquidem ignota fuerit mors alterius, valet societas; si nota, non valet. 43

d. l. Actione 65. §. item si alicujus, ff. pro socio, facit l. inter causas 26. in pr. ff. Mandati.

Ea autem quæ per defunctum socium inchoata sunt, per heredem explicari debent; in quibus dolus ejus admitti potest. 44

l. Heres socii 40. ff. pro socio.

Interitu quoq; rerum communium, ut dixi, dissolvitur societas: (*a*) ut & mutatione conditionis earum, veluti si consecratæ sint, vel publicatæ, vel cessione creditoribus relictæ. (*b*) 45

a] *l. Verum est 63 §. ult. vers. res vero ff. d. t.* [b] *d. l. verum est, 63. §. fin. l. actione 65. §. 1. & §. publicatione, ff. eod. t. §. publicatione, 7. & §. seq. Instit. de societate.* Mantic. *d. lib. 6. t. 25.* Vide quantum ad bonorum cessionem Benuenutum Strach. *tract. de decoctorib. part. 2. numer. 47. & 48.*

Succedit societatis obligatio, quâ socii ad præstandum debitum, societate contractum, sibi invicem tenentur; ejusque duplex est inspectio; tum debiti, quod societate contractum est; tum actionis, quæ ad persequendum illud debitum Iure comparata est. 46

Debitum societate contractum, est omne id, quod ex æquo & bono socium socio præstare oportet; (*a*) ejusque species duæ sunt; una illius, quod nominatim socius socio præstare promisit; altera ejus, quod natura societatis alterum alteri præstare oportet. (*b*) 47

a] *l. 2. §. ult. ff. de obligat. & actionibus §. ult. Instit. de obligat. ex consensu.* [b] *§. de illa, 2. ibi contra naturam societatis, Instit. de societate.*

Si ergo rerum societas contracta sit, socius socio id debet, ut res in commune conferat. Si negociationis coita sit societas, socius socio illud 48

lud debet, ut operam in commune præstet. Si convenerit de certis lucri vel damni partibus, socius socio id debet, ut partes lucri & damni conventas agnoscat. Nihil enim tam congruum est fidei humanæ, quàm ea, quæ placuerunt servare, [a] & grave est fidem fallere. [b]

a] *l. 1. in pr.* [b] *l. 1. in pr. ff. de constit. pecun.*

49 Ejus quod natura societatis socium socio præstare oportet, varia sunt genera. Debet autem unus alii & hoc, ut actiones, quas habet, & ad communionem pertinent, in commune cedat; [a] ut impensas in societatem, factas ab uno socio, alter agnoscat; [b] ut non callidè vel intempestivè societati renunciet; [c] ut lucrum à se, pro portione geometrica dividendum, in commune conferat, vel damni partem subeat; [d] ut cautionem de solvendo pro parte ære alieno, quod socius ratione societatis debet, & post solutam societatem solvendum est, interponat. [e]

a] *d. l. Actione 65. §. pen. l. 3. in pr. & §. 1. ibi, communioni adquiretur. l. cum duob. 52. §. socium universa conferre debere, l. si societatem 73. ibi, in commune redigendam. ff. pro socio: gl. in l. tamdiu 5. in verbo natâ est, Cod. eod. t.* [b] *l. pro socio 38. §. 1. l. si unus 67. §. 2. d. l. cum duob. 52. §. si quis ex socio. ff. d. t. gl. in d. l. 5. C. eod. t.* [c] *l. si convenerit 14. l. sed & socium 17. §. fin. l. actione 65. §. diximus & § item si societatem, & §§. seqq. ff. pro socio.* [d] *l. si non fuerint 29. in pr. l. si societatem 6. l. quid enim si Nerva 8. & ff. seqq. ff. pro socio §. 1. Inst. de societ.* Menoch. *de arbitr. Iudic. lib. 2. cent. 2. caſ. 125. num. 4. & 6.* Wesenbec. *in Parat. ff. pro socio num. 6.* [e] *L. omnes 27. ff. d. t.*

50 Quod si inter plures ad certum tempus coita sit societas, quæritur, an lucrum, quod accrevit stante societate, invitis sociis minui, & in alios usus verti possit? Et quod non nisi finita societate, sicuti nec sors ipsa invitis sociis minui queat, existimamus.

Per text. in l. 2. ubi Bart. *num. 3. C. de frument. urb. Constant. lib. 11.* Anton. Corset. *in singular. in verbo, lucrum.* Pennenus. Strach. *tr. de Mercatura, ad fin. part. 4. c. de contract. Mercatorum, n. 16.*

51 Est & hæc elegans quæstio, an societati imputandum sit, quod socius omnium bonorum, filiæ suæ in dotem dedit; aut filio in subsidium studiorum, vel ad honorem consequendum, puta gradum, Magistri, Licentiati, Doctoris? Nos sententiæ affirmanti subscribimus.

Per l. si societatem 73. §. 1. l. socium pro filia 82. ff. pro socio, vide Roland. à Valle. *consil. 91. num. 34. 40 & 56. vol. 1.* Baptist. de Hieronymis, Maceratens. *consilio suo, quod est in fin. tractatus de societ.* Nic. Motzii. Menoch. *de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 2. caſ. 125. n. 2. & 3.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 6. t. 32.*

Debet

Debet & illud ſocius ſocio, ut ſi dolo, vel culpa ſua levi, cauſam ſo- 52
cietatis deteriorem fecerit, damnum illud farciat. De leviſſima autem culpa non tenetur.

§. ult. Inſtit. de ſocier. l. 5 §. nunc videndum ff commodat. l. ſi fundus 39. l. de illo. 23. l. cum duob. 52. §. 2. l. & quicquid 21. l. adeò 59 § fin. l. verum 63. in pr. l. ſocius ſocio 72. ff proſocio. l. ſi & eo nomine 10. ff de Noxal. action. vide meum Commentarium, *in l. contractus 23 ff. de R. I. c. 4. numer. 116. & 117.*

Et licèt ſocius quædam negligenter in ſocietate egiſſe convictus 53
fuerit, in pleriſque autem ſocietatem auxiliet, non tamen compenſatur compendium negligentiæ.

d. l. De illo 23. §. 1. & d. l. & ideò 26 ff. pro ſocio.

Sed nunquid ex mora uſuras (i. e. ius ſocio præſtare tenetur? Ex ſola 54
mora non præſtat uſuras, ſed præſtat ei ob moram id, quod intereſt, [a] cum alias ob moram in bonæ fidei negotiis uſuræ præſtentur. [b]

a] *l. Socium 60. in pr. ff. h. t.* [b] *l. cùm quidam 17. § Si pupillo 3. in fin. l. Mora 32. § in bonæ fidei ff de uſuris.*

Reſtat actio, quæ ad perſequendum ſocietatis debitum ſure com- 55
parata eſt. Ea autem eſt actio pro ſocio, (a) cujus judicium dicitur ſocietatis judicium, (b) quo ſocius ſi confiteatur, ſe ſocium fuiſſe, in id tantum quod facere poteſt, condemnatur, (c) & infamis efficitur. (d)

a] *l. Si convenerit. 24. ibi, pro ſocio actionem. l. ut ſit 31. ibi, pro ſocio actio. & l. ſeq. l. plane 37. ff. pro ſocio. § actionum, ibi, pro ſocio actio. Inſt. de actio.* (b) *l. ſed & ſocius. 17 in pr. & l. ex contrario 22 ff. pro ſocio l. 2. C. eod.* (c) *d. l. verum eſt 63 § tempus, & § ſeq. l. ſi unus 67. § ult ff. d. t. l. ſed hoc iure 22. § 1. & l. ſunt 16. ubi gl ff de rejudicat.* (d) *§. ex quibuſdam. Inſt. de pœn. temerè litigant. & l. 1 ff. de his, qui notant. infamia.*

Atque hæc actio (quæ & manente ſocietate interdum moveri po- 56
teſt) (a) competit ſocio contra ſocium, non tantùm ut res, quæ unius ex ſociis eſt, ad ſocietatem tamen pertinet, communicetur; (b) vel ut lucrum, & ex re communi fructus percepti in commune conferantur; (c) ſed etiam ut res, quæ ex ſocietate communes ſunt, dividantur. (d)

a) *l. actione. 65. §. nonnunquam. 15. ff. pro ſocio.* (b) *l. ſi ſocietatem 73. l. ſi quis ſocietatem 74. ff eod. t.* (c) *l. pro ſocio 38. §. 1. ff. dict. tit.* (d) *l. ut ſit 31. & duab. ll. ſeqq. d. l. pro ſocio 38. §. 1. ff. eod.* Sed obſtare videtur, *l. ſi actum 45. ibi ad judicationem non admittit, ff. proſocio, & l. 1. ff. com. divid.* vide Donell. *lib. 13. Comment. c. 17. pag. 191.*

Non ſolùm tamen de rebus, ex ſocietate communibus, dividendis, 57
actio

actio pro socio competit, sed & actio communi dividundo; verum altera actione alteram tolli Proculus ait: (a) quod verum est, nisi in altera nondum mota, plus fuerit. (b)

a) *d. l. Pro socio 38. §. 1. ff. pro socio*, (b) *l. si actum sit 43. ff. d. t. l. quæriens 41. §. 1. ff. de oblig. & action.* vide Cujac. *lib. 3. obs. c. 25.*

58 Permittitur quoque socio experiri contra socium, actione furti, itemque condictione furtiva, si hic per fallaciam, dolove malo amovit, vel celandi animo contrectavit rem communem: ut & legis Aquiliæ actione, si damnum in re communi socius dedit. Sed his actionibus propositis, cessat pro socio actio, & contrà; nisi pluris interfit socii agentis.

l. Rei communis. 45. l. sed si causa. 47. in princ. & §. 1. & 4. ll. seqq. ff. pro socio.

Clas. II. Disputat. VI.

De Mandato.

Thesis I.

1 EX eo genere contractuum, qui solo perficiuntur consensu, restat species quarta, Mandatum; quod est contractus consensu initus, (a) quo quidpiam gratis (b) procurandum (c) pars contrahentium una commisit, altera verò suscepit. (d)

a) *l. 2. ff. de obligat. & actionib. l. 1. in pr. ff. mandati, Inst. de obligat. ex consens.* unde mandatum ab aliquibus perperam dividitur in necessarium & voluntarium. Turpis enim pars est, quæ suo non congruit universo, *cap. ult. extr. de desponsat. duor.* [b] *l. 1. §. ult. l. ita ut omnes. 36. §. 1. ff. mandati, l. si contra 20. §. 1. C. eod. eod. t. l. litem 15. C. de Procur. §. fin. Inst. de mandato.* Malè igitur quidam mandatum dividunt in gratuitum & mercenarium. [c] *l. idemq; 10. in princ. ibi, procurat. §. si quis ea, ibi, animo Procuratoris, & §. Idem Labeo. ibi, qui procurat. l. si verò 12. §. contrario, ibi, procurationem susceperunt, ff. mandati, l. sed si unus 17. §. procurationem autem, ibi, mandata est procuratio actionis ff. de injur.* [d] cùm contractus omnis sit conventio, id est, duorum in idem consensus, *l. 1. §. con-*

ven-

ventionù, ff. de pactis, l. ſicut initio. 5 C. de obligat. & actionibus. Certè mandatum non eſt contractus, antequam ab alio fuerit ſuſceptum, *l. in commodato 17. §. Sicut autem. verſ. voluntatis eſt enim, ff. commodati.* Et quia mandatum eſt duntaxat in mandante, ſicut emptio in emptore, venditio in venditore, locatio in locatore, conductio in conductore, per Synechdochen membri, ex parte contractus, integer contractus ſignificari intelligitur. Quia autem non uni tantùm, ſed quandoque etiam pluribus procurandum aliquid committitur, *l. creditor 60. §. duobus, ff. mandati*, idcirco in definitione dicimus, altera pars ſuſcepit, non, alter ſuſcepit. Mantica *lib. 7. d. tacit. & ambig. convention. tit. 1. & 2.*

Qui autem procurationem alicui mandavit, mandator dicitur, (a) & non rarò dominus, (b) itemque mandans. (c) Qui recepit, ſive ſuſcepit mandatum, procurator (d) vocatur; vulgò etiam mandatarius; itemque Syndicus, ſive actor, ſi procuratio à Repub. civitate, vel quâ alia univerſitate, aut collegio, ſive corpore licito mandetur: (e) qui idem tamen generali nomine ſimiliter Procurator appellatur. (f) 2

a) *l. Si procea 10. l. ad comparandas. 16. C. mandati, l. inter 26. § non omnia, l. ſi quis 27. §. 2. & l. ſeq. ff. dict. t. §. mandatum, Inſt. de mandato.* (b) *l. 6. §. apud Iulianum & l. ſeq. l. idemque 10. §. Idem Papinianus, §. Idem ait, ff. mandati, l. 1. in princ. l. filiusfam. 8. §. Procuratorem, l. ſi tamen 11. & l. ſeqq. ff. de procuratoribus.* (c) *§. 1. Inſtit. de mandato. l. 3. in princ. ff. mandati.* (d) *l. ſi remunerandi 6. §. apud l. ſalarium 7. in fin. l. ſi procuratorem 8. in princ. §. 1. & 3. l. idemque 10. §. 1 & ſeq. ff. mandati, & tot. tit. ff. & Cod. de procuratorib.* (e) *l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. §. 1. & §. actor. l. ult. ff. quod cujuſque univerſitatis nom. l. nec civitatis 74. ff. de procuratoribus.* (f) *cap. petitio, & c. quia in cauſis, extra de procuratoribus, c. ſalvator. 1. quæſt. 3.*

Mandatum generaliter afficiunt tum perſonæ, quæ mandare, & mandatum ſuſcipere nequeunt; tum modus contrahendi mandatum; tum etiam mandati ſpecies. 3

Mandare, & mandatum ſuſcipere nequeunt, qui aliàs etiam ad contrahendum, & ſe obligandum idonei non ſunt; veluti infans, furioſus, mente captus, (a) & quodammodò etiam pupillus, & adoleſcens minor (b) 4

a) *De his vide textus adſcriptos theſi 3. Diſputationis 2. de pactis.* (b) *§. unde id his cauſis, Inſtit. de authorit. tutor. vide in Diſput. 1. Claſſ. 2. theſin 24. & ſeq.*

Modus contrahendi mandatum, eſt tum quod vel inter præſentes, vel inter abſentes per nuncium, aut per epiſtolam, (a) item ſola patientia, (b) & ratihabitione, (c) contrahitur: tum quod contrahitur vel purè, vel in diem, vel ſub conditione: (d) tum etiam quod quis 5

Digitized by Google

mandat vel sua tantùm gratia, vel sua & tua, vel sua & aliena, vel tua & aliena, vel aliena tantùm gratia.

a) *l. 1. §. 1. ff. mandati. §. 1. Inst. de oblig. ex consensu.* (b) *l. si remunerandi 6 §. si passus. l. qui patitur 18. l. qui fide 53. ff. mandati, l. si fidejussor 6. C. d. t. l. semper qui non prohibet 60.* ubi Cujac. & Petr. Faber. *ff. de R. Iur.* (c) *l. ult. C. ad Senatusct. Macedon. l. verò 12. §. fin. ff. de solutionib. c. ratihabitionem*, ubi Decius, Cagnol. & alii, *de Reg. Iur. in l. 6. l. si fundus 16. §. 1 ff. de pignoribus.* At obstare videtur *l. ex mandato 20. § 1 ff. mandati, & l si pupilli 6, § item quæritur, & l. Pomponius 9 in fin. ff. de negot. gest.* Sed vide Cujac. & Petr. Fabr. *in d. l. semper 60. ff. de Reg. Iur.* & Cujac. *in tract ad African. tract 8. in princ.* & meum Commentar. *in l. contract. 23. ff. Reg. Iur. c. 4. num. 5.* (e) *Instit. tit. de mandato, in princ. & §§. seqq. l. 2. ff. mandati.* latè Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 7. t 3.*

6 Vt tamen vires habeat mandatum, quo quis tibi aliena gratia, vel tua & aliena quid procurandum committit, necesse est, ut aliquatenus interfit mandatoris negotium procurari: [a] vel ut tertius ille nominatim designetur, & procurator aliter mandatum recepturus non fuisset, nisi mandator procurationem ei commisisset. [b]

a) *l. Si remunerandi 6. §. planè, ibi, nisi mea quoque interfuit, & l. si procuratorem 8. §. mandati actio, ff. mandati, l. actionum 25. §. actionum autem, ff. de obligat. & actio, facit l. qui fundum 32. ff. locati*, Hotoman. *ad tit. Instit. de mandato, in princ. in verb. aliena autem, & verb. seqq.* Item Wesenbec. *ibidem, in verb. aliena causa, & verb. tua & aliena*, [b] *§. tua autem gratia, 6. vers. adeò, Inst. dict. t. juncta l. 2. §. tua & aliena, & l. 6. §. planè si tibi, ff. mandati.* Donell. *lib. 13. Commentar. cap. 10. pag 169.* vide Connan. *lib. 7. Commentar. Iuris civil. cap. 14. num. 6.*

7 Cæterùm si quis tibi quid mandet tua tantùm gratia, veluti ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quàm fœneres, vel ex diverso (nullo scilicet nominatim designato) ut pecunias tuas alicui potius des fœnori, quàm in emptiones prædiorum colloces, mandatum non contrahitur, etiamsi tu non aliter quid ejusmodi feceris, quàm si tibi mandatum esset: (a) consilii enim non fraudulenti nulla est obligatio, (b) siquidem unus quisque suæ rei moderator sit, & arbiter. (c)

a) *d. l. 2. §. ult. ff. mandati, d. §. tua tantùm gratia, 6. vers. & adeò hæc, ibi, Titio fœneres, item ibi, in hoc casu, Instit. de mandato*, (b) *l. consilii 47.* ubi Cujac. & Petrus Fab. *ff. de Regul. Iur.* (c) *l. in re mandata 21. C. mandati*, vide Donell. *lib. 13. Comment. cap. 10. pag. 166. & seq.*

8 Species mandati sunt, mandatum proprium, & non proprium mandatum.

l. Licet. 42. §. ea obligatio ff. de procuratorib. gl. Bart. Bald. *& alii in l. 1.*

Digitized by Google

l. 1. ff. dict. t. & Sichard. *in l. qui ſtipendia 9. num. 3. Cod. eod. tit.* Petr. Coſtal. *in l. ſi quis in rem 34. ff. dict. tit.*

Proprium mandatum eſt, quod mandati obligationem parit, [a] ejuſque inſpectio pertinet tum ad perſonas, quæ hujuſmodi mandatum ſuſcipere non poſſunt, tum ad qualitatem hujus mandati, tum etiam ad ejus diſſolutionem, tum denique ad obligationem, quæ inter mandatorem & procuratorem conſiſtit. [b] 9

a) *d. l. Licet 42. §. ea obligatio, ff. de procurator.* (b) *de hiſce proprii mandati affectionibus de hinc ordine agemus.*

Proprium mandatum ſuſcipere non poſſunt, curialis, (a) miles, (b) clericus, & monachus in negotiis ſecularibus. (c) 10

a) *l. Si quis 34.* ubi Bart. *C. de decurionibus, lib. 10. l. curialis 30 C de locato.* (b) *l. militem 7. l. qui ſtipendia 9. l. ita demum 13. C. de procuratoribus, l. filiusfam. 8. §. veterani, l. neque 54. ff. d. t. facit l. milites 31. C. de locato.* (c) *c. 1. & 2. extr. ne clerici vel monachi ſecularibus negotiis ſe immiſc. Novell. 123. c. 6.*

Et qui Reipub. cauſa abfuturus eſt, aut morbo perpetuo tenetur, ut propriis rebus ſupereſſe nequeat, aut magiſtratum initurus eſt, aut invitus judicium pati non poteſt, (a) aut reus eſt criminis conſtitutus, (b) aut excommunicatus, (c) non idoneus procurator intelligitur. 11

a) *d. l. Neque 54. ff. h. t.* (b) *l. reum criminis, 6. C. eodem* Duaren. *ad tit. de procurat. c. 4.* (c) *c. intelleximus, extr. de jud.* & facit *c. ult. extr. de procurat.*

Quod Dd. (a) tradunt, (b) Conſiliarios in dignitate conſtitutos, itemque nobiles, ſalvo illorum privilegio procuratores eſſe non poſſe: id eatenus verum credimus, quatenus aliorum, quam magnatum, (c) negotia procurent. 12

a) Vide Bart. *in l. ſi quis procurationem 34. C. de decurio, lib 10.* Guid. Pap. *quæſt. 89. 388. & 396.* Wurmbſer. *lib. pract. obſerv. t. 5. obſervat. 12.* & Tiraquell. *de Nobilitat. c. 30.* (b) *per d. l. ſi quis 34. C de decurionibus, lib. 10.* (c) Vide Tiraquell. *de Nobilit. cap. 30. num. 4. 5 & 6.* Eſtenim non vile, ſed honorabile officium procuratorum, qui Magnatum negotia procurant. Bald. *in l. 2. num 6. ff. de Senatoribus.* Roman. *ſingul. 814. num. 1.* facit *c. quia Epiſcopus, & ibi gl. 5. quæſt. 3. c. accedens.* ubi gloſſ. *in fin. 50. diſtinct. & quod ſcribit*, Gail. *lib. 1. obſervat. pract. obſervat. 43. numer. 7. & 8.*

Qualitas proprii mandati eſt, quâ dicitur eſſe generale vel ſpeciale, (a) negotiorum extra judicialium, vel litium, (b) cum libera, vel ſine libera (c) adminiſtratione. 13

a) *l. Mandato, 60. l. procurator, 63. ibi, ſine ſpeciali mandato, ff. de procurat. l. 25. §. 1. & l. ſeq. ff de minorib. c petitio extr. de procurat. & c. qui ad agendum, & c. ſeq de procurat. in 6.* (b) *l. 86. ibi, litis procuratori, ff. de ſolut.* Iul. Paul. *lib. 1. recept. ſentent. t. 3. § 1. ibi, procurator aut ad litem, aut ad ad negotium, l. ſi tantùm, 13. ibi, ad actionem procurator factus, ff. de pact. d. c. qui ad agendum, & c. ſeq. §. 1. ibi, nedum ad negotia, ſed etiam ad judicia. de procur in 6.* (c) *l. procurator cui 58. ibi, libera adminiſtratio, ff de procurat. d. c. qui ad agendum, in fin. ibi, adminiſtratio liberè ſit conceſſa. de procurat. in 6. facit l. quam Tuberonis. 7. in pr. verſ. alia cauſa eſt peculii libera adminiſtrationis, ff. de pecul. & l. creditor. 60. §. Lucius, ff. mandati.* Hæc qualitas, quod notandum eſt, non afficit tantùm generale, ſed etiam ſpeciale mandatum, *d. c. qui ad agendum, in fin. de procurat. in 6.*

13 Generale mandatum, eſt de univerſis negotiis gerendis, [a] quod qui ſuſcipit, procurator dicitur omnium rerum, [b] item procurator totorum, [c] univerſorum, [d] & omnium [e] bonorum.

a] *l. Illud, 25. §. 1. ff. de minoribus.* [b] *l. 1. §. 1. l. qui duos. 47. ff. de procurat. l. 6. ff. de Inſt. act. l. 7. in princ. ff. de calumniator. l. ſed ſi 17. §. procuratorem autem. ff. de injur. l. nam & 12 ff. de pact.* [c] *l. procurator totorum, 63. ff. de procurat.* [d] *l. vel univerſorum, 12. ff. de pign. act. l. 17. §. ult. ff. de jurejur. l. 3. §. procuratorem, ff. judicat. ſolvi* [e] *l. ſi conſenſit, 7. §. 1. ff. quibus modis pign. vel hypoth. contrab.*

14 Et qui ita generaliter procurator conſtituitur, experiri judicialiter, & omnia agere poteſt, exceptis his caſibus, qui ſpeciale mandatum exigunt.

c. Qui generaliter. de procurat. in 6. Bernhard. Wurmſer. *lib. pract. obſ. t. 5. de procurat. obſerv. 2.* vid. Ioh. Vaud. *lib. 1. variarum quæſtio. jur. quæſt. 47.*

15 Speciale mandatum eſt, quo mandator partem bonorum procuratori adminiſtrandam, committit. Eſtque duplex: nam eo vel certum genus negotiorum vel cauſarum procuratori creditur, (a) vel unum atque alterum negotium, aut cauſa ſive lis ei mandatur. (b)

a) Duar. *ad tit. de procurat. c. 1. vide Ordin. Cam. Imper part. 1. c. 21. §. fin.* (b) *l. 1. §. 1. l. ad legatum, 62. l. ad rem. 56. l. ult. §. 1. ff. de procur.* Duaren. *d. c. 1.*

16 Et ſunt nonnulli caſus, ſive articuli, qui ſpeciale mandatum exigunt, nec continentur generali mandato ſimpliciter facto: ut ſunt, petitio reſtitutionis in integrum principaliter in judicium deducta, (a) interdictum de liberis exhibendis, (b) impetratio literarum apoſtolicarum ad lites, niſi procurator ſit de conjunctis perſonis, à quibus non exigitur

exigitur mandatum, (c) contractus ſponſaliorum, & matrimonii, (d) compromiſſum, (e) petitio abſolutionis ab excommunicatione, (f) alienatio rerum non ſolùm immobilium, ſed & mobilium, niſi fructus aut aliæ res ſint, quæ facilè corrumpi poſſunt, (g) item tranſactio & pactum de liberando adverſario; (h) tum etiam juramenti delatio, & præſtatio, (i) item quartæ dilationis impetratio, (k) ac multò magis ejus prorogatio, (l) & denique, ut alter ab altero pecuniam petat, conſtitutis ſcilicet duobus omnium rerum procuratoribus. (m)

a) *l. Illud. 25. §. fin. ff. de minor. l. un.* & ibi Cujac. C. *etiam per procuratorem cauſam in integrum reſtitut. agi poſſe*, vide Ferrarienſ. *in forma reſponſionis rei. conventi. in verb. Simonius Spelta procurator, num. 6.* & Petr. Coſtal. *in d. l. illud. ff. de minoribus.* (b) *l. Pomponius, 40. in pr. ibi, id eſt, ſi & nominatim. ff. de procurator.* (c) *c. nonnulli, 28. §. ſunt & alii extr de reſcript.* (d) *c. ultim. de procurator. in 6.* (e) *c. per tuas literas. & ibi gloſſ. in verb. generale mandatum. extr. de arbitr.* (f) *c. quod de his. extr. de ſentent. excommunicat.* (g) *l. procurator totorum 63. ff. de procurat.* (h) *l. tranſactionis placitum 7. C. de tranſact. c. ad agendum, de procurat.* Cujac. *in l. reſcriptum, §. ult. ff. de pact.* Mynſing. *conſil. 96. num. 14.* vide Ioh. Vaud. *lib. 1. quæſt. jur. c. 47. & quod mutuam pecuniam dare non poſſit*, tradit etiam Mozius *tractat. de mutuo pag. 65. in fin. & pag. ſeq.* (i) *c. pen & ultim. de juram. calum. in 6. l. jusjurandum, 17. in fin. ubi gl. in verb. univerſorum. & l. jusjurandum. 34. §. defenſor. ff. de jurejur.* Andr. Gail. *lib. 1. pract. obſerv. 83.* Mynſ. *cent. 2. obſerv. 53. & cent. 4. obſ. 99. in fin.* (k) idem Mynſ. *cent. 1. obſ 70.* Gail. *lib. 1. obſ. pract. 91. num. 19.* (l) Andr. Gail. *d. loc.* (m) *l. qui duos, 47. & l. ſeq. ff. de procurat.* De hiſce caſibus & articulis, vide quoque gloſſ. *in d. l. illud. ff. de minoribus, & in d. c. qui ad agendum, de procurat. in 6.* & Ferrarienſ. *in forma reſponſionis libelli, in actione hypoth. in verb. non habentem ſufficiens mandatum, n. 2.*

Sequitur de mandato negotiorum extrajudicialium & litium. 18
Mandatum negotiorum extrajudicialium eſt, quo mandator procuratorem conſtituit, ad gerendas & adminiſtrandas res extra judicium.

Et hujuſmodi mandatum, recipere quoque poteſt ſervus, (a) item de jure civili minor 17. annis, (b) licèt Iure Canonico requiratur, ut major ſit 17. annis, qui ejuſmodi mandatum ſuſcipit. (c) 19

a) *l. Servum 33. in pr. ff. de procurat.* (b) *l. 3. §. fin. l cum mandati, 23. ff. de minoribus.* Cujacius *lib. 22. obſ. c. 16.* (c) *d. c. qui generaliter. §. ult. de procurat. in 6.*

Et qui ſuſcepit tale mandatum, is liberè quandocunque alium deputare, & ſubſtituere poteſt, (a) niſi ad rem vendendam datus ſit, nec mandato forma venditionis ac pretii quantitas explicetur. (b) 20

a) *c. 1. §. ult. De procurat. in 6. l. si procuratorem, 8. §. mandati actio. vers. aut si alius idoneè gesſit.* ubi Bald. & Coſtal. *ff. mandati. l. ſi quis, 28. ff. de negot. geſt.* (b) Emanuel Soarez. *in theſauro recep. ſentent. in lit. P. num 300.*

21 Et poſſunt regulariter omnia ejus generis negotia, & res honeſtæ & licitæ mandari, non etiam id quod turpe eſt, & contra bonos mores: velui ſi Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim pœnam iſtius facti nomine præſtiteris, non tamen ob id tibi Titium obligatum habes.

§. Illud quoque. 7. Inſt. de mandato, l. ſi remunerandi. 6. §. rei turpis, 3. l. ſi verò, 12. §. qui eidem. ff. mandati.

22 Neque poſſunt mandari, & per procuratorem expediri actus legitimi, (*a*) ut ſunt aditio hereditatis, (*b*) emancipatio, (*c*) adoptio, (*d*) tutoris honoraria datio, (*e*) acceptilatio, (*f*) ſervi optio, (*g*) manumiſſio. (*h*)

a] *l. Actus legitimi. 77. junct. l. nemo alieno nomine. 123. ff. de reg. jur.* Cujac. *lib. 15. obſerv. c. 16. quem omnino vide.* Vide quoque Hotoman. *lib. quæſt. illuſtr. quæſt. 34.* [b] *l. per procuratorem, 90. ff. de adquir. vel omitt. hered.* facit. *l. 1. §. ultim. ff. de offic. procurat. Cæſaris.* Cujac. *lib. 15 obſerv. c. 34.* Sed vide etiam Duaren. *lib. 2. Diſput. c. 28. & t. de adquir. hered.* Dn. D. Beſold. *in lib. 3. delibat. ff. quæſtion. 16.* [c] *d. l. actus legitimi. ibi, emancipatio, juncta d. l. nemo alieno nomine. ff. de Reg. Iur.* Cujac. *lib. 15. obſervat. c. 16.* [d] *l. 4. ff. de adopt. l. 1. C. eodem t. l. 3. ff. de offic. proconſul. juncta d. l. nemo alieno. ff. de Reg. Iur.* [e] *d. l. actus legitimi. juncta d. l. nemo alieno, ff. d. t.* [f] *l. 3. & l. & per inſtrumentum. 13. § tutor. ff. de acceptilat.* vide Cujac. *lib. 15. obſervat. c. 16.* ſed vide Hotoman. *dict. lib. quæſt. illuſtr. quæſt. 34. & lib. 1. amic. reſpon. c. 30.* [g] *d. l. actus legitimi. ibi, ſervi optio. junct. d. l. nemo alieno. ff. de Reg. Iur. facit l. 5. 8. 20. ff. de option. legat. & l. ſervi. 5. ff. de legat. 1.* Cujac. *d. lib. 15. cap. 16.* ſed vide Hotoman. *d. lib. quæſt. illuſtr. qu. 34. & lib. 1. amic. reſponſ. c. 30.*

23 Proprium mandatum litium, ſive ad lites eſt, quo mandator ad agendum, vel defendendum, in judicio procuratorem conſtituit.

c. Qui ad agendum & defendendum. de procurat. in 6. l. hoc jure. 86. ff. de ſolut.

24 Atque hîc ſpectandum, quæ perſonæ litem exercendam mandare non poſſint, quæ item ad agendum, vel defendendum, procuratores conſtitui nequeant, tum quæ cauſæ ſint & lites, ad quas procuratorem conſtitui, jura vetant, atque etiam, quomodo procurator ad litem conſtituatur.

Vide l. mutuo. 43. §. 1. ff. de procurator.

Litem.

Digitized by Google

Litem exercendam mandare non possunt filiusfam. itemque ser- 25
vus, nisi filiofam. castrensis peculii nomine lis sit, vel injuriam passus fuerit, & pater, vel ejus procurator absit, aut nolit experiri, vel suum viaticum mutuum dederit, cum studiorum causa Rom. vel alibi ageret; (a) nisi item servus de statu suo litiget. (b)

a) *l. Filiusfam. 8. in pr. ff. de procurat. l. cum filiusfam. 17. ff. de rebus credit. l. si longius. 18. in fin. ff. de judic. l. in factum. 13. ff. de obligat. & act.* vide Hartman. *lib. obs. pract. t. 7.* (b) *l. servum. 33. in pr. & §. 1. ff. de procurat. l. 1. in pr. C. de assert. toll.* ubi Cujac. *in parat.*

Procurator item ad litem ordinatus, licet Syndicus fuerit, ante eam 26
litem contestatam, substituendi ad eandem litem procuratoris jus non habet, nisi à domino substituendi potestas ipsi concessa fuerit: post litem verò contestatam potest substituere, (a) ut & substitutus ipse alium substituere non prohibetur, si litem contestatus sit. (b)

a] *c. 1. c. Is qui. de procurat. in 6. l. quod quis. 8. l. neque. 11. ibi, ad exemplum procuratorum, l. procuratoribus, 22. l. nulla, 23. C. dict. tit. l. nec civitatis. 74. ff. eodem tit.* Fürstlich Würtembergisch Landtrecht. *fol. 84. §.* Wer dann ꝛc. Wurmser. *in pract. observ. t. 5. observat. 1.* Hartman. Hartmanni *libr. pract. observ. t. 7. observ. 3.* Gail. *lib. 1. observat. 74. num. 10. & 11.* in Camera tamen Imperiali, procurator, qui se antea procuratorio suo ad causam legitimavit, si justa ex causa in judicio comparere haud possit, etiam ante litis contestationem alium substituendi jus habet. Sed tota in causa citra voluntatem principalis alium substituere, nec post litis contestationem potest. Ordin. Cam. *part. 1. tit. 20.* [b] Wurmser. *d. t. 5. observ. 14.*

Similiter tutores & curatores dare procuratorem ad suorum pupil- 27
lorum & adolescentum lites, priusquam earum contestationes factæ fuerint, haudquaquam possunt: actorem verò constituere non prohibentur, (a) exceptis matribus. (b)

a] *d. l. Neque tutores, 11. d. l. nulla, 23. C. de procur. §. ult. Instit. de curat.* Mynsing. *cent. 2. observ. 38.* Wurmbs. *libr. pract. observat. tit. 5. de procurat. observat. 1. &* Hartm. Hartmanni, *libr. pract. observ. tit. 5. observat. 6.* [b] *l. liberto. 31. §. penult. ff. de negot. gest.* Dissentit Landtrecht in Würtenberg / *fol. 81. §.* Vnnd wa / vid. Plebst. *ibid. th. 46.* adde Dn. D. Besold. *disput. 1. ad Stat. Württemb. thes. 28.*

Denique in causa fractæ pacis, civitatem vel aliam universitatem 28
concernente, haud satis est, ut procuratorem, Consules & Senatus pro se & civibus constituant; sed requiritur, ut etiam Tribuni plebis die Zwelffer / Dreyzehener / & similes primates juxta loci cujusque consuetudinem eum ordinent.

Per

Ter Ordin. Cam. *part. 1. tit. 38.* §. Zum Sechsten / *vers.* Und dann dieweil / Mynsing. *cent. 1. obs. 56.* vide eundem *cent. 3. observ. 18.*

Cæterùm dari ad litem procurator prohibetur primò minor 25. annis jure Canonico: quod hac etiam in parte usus observat.

29 *Cap. 5. de procurat. in 6.* Fürstlich Würtembergisch Landrecht / *folio 85.* §. Darnach / Sichard. *ad rubr. Cod. de procurat. num. 7. & ad l. exigendi num. 19.*

30 Iure tamen Cæsareo, (licet plerique dissentiant) minor 25. annis modò non sit minor 17. annis, ad litem procurator admittitur, (a) qui tamen ex causa in integrum restitui potest. (b)

a) §. *Iusta. Institut. quibus ex causis manumitt. non lic.* Cujac. *ad tit. ff. de divers. & tempor. præscript. cap. 29. & libr. 22. observat. cap. 16.* Dn. D. Besold. *part. 1. delibat. ad libr. 3. ff. quæst. 10.* (b) *l. minor. 51. ff. de procurat.*

31 Deinde fœmina in judicio procuratrix esse nequit, (a) nisi pro parentibus morbo aut ætate impeditis agat, (b) vel suorum necem persequi, (c) vel eos ex servitute vindicare velit, (d) vel pro filio appellet. (e)

a] *l. Neque fœmina. 54 ff. de procurat. l. alienam, 18. C. d. t. l. 2. ff. de Regul. Iur.* Landrecht / *fol. 85.* §. Erstlich / alienam enim suscipe defensionem virile officium est. *d. l. 18. C de procurat.* (b) *l. fœminas, 41. & d. l. neque fœmina 54. ff. de procurat.* (c) *l. uxor. 4. l. non ignorat. 9. C. de accusat.* (d) *l. 3. §. cum verò, ff. de liberal. causa.* [e] *l. 1. §. ff. de appellat. recip.*

32 Ad hæc potentiores, (a) & qui contra bonos mores, eventum litium majoris pecuniæ præmio redemerunt, (b) itemque surdos & mutos, (c) nec non servos, (d) procuratores ad litem constitui, jura non sinunt.

a) *Tot. tit. Cod. ne liceat potent. & l. quia etiam. 3. ff. de alienat. judic. mut. causa fact.* (b) *l. salarium. 7. ff. mandati, l. litem, 15. C. de procurat. l. si contra. 20. l. penultim. & ultim. C. mandati.* (c) *l. mutus, 43. in princip. ff. dict. tit.* (d) *l. servum. 53. in princ. ff. de procurat. l. servus, 6. Cod. de judic.*

33 Et licet jure Iustinianeo, infamis etiam ad litem dari procurator possit, (a) tamen de jure Canonico secus est, (b) quod summa tribunalia, (c) cæteraque benè constituta judicia, (d) observant.

a] §. *ult. Inst. de except.* [b] *c. infamis & ibi, gloss. & c. seq 3. quæst. 7. 8. quia Episcopus, & ibi gloss. 5. quæst. 3.* Gail. *libr. 1. observat. pract. observat. 43. num. 8.* vide Panormitan. *in cap. post cessionem. col. 1. extr. de probat.* [c] Ordinat. Camer. *Imperial part. 1. tit. 18.* [d] Gail. *d. lib. 1. observat. 43.*

Digitized by Goog

vat. 43. num. 8. Grævæ. libr. 1 practic. concluſ. libr. 1. concluſ. 43. conſ. 3 Chriſtinæ. deciſ. Belgic. lib. 2. deciſ. 108.

Denique ſi plures heredes ſint, qui familiæ erciſcundæ, vel communi dividundo inter ſe agant, à pluribus illis idem procurator dari non poteſt: (a) Vt neque à pluribus heredib. unius Rei, vel pluribus fidejuſſoribus poſſunt dari plures ad defendendum procuratores, ſed unus tantum. (b) 34

a] l. Licet in popularibus. 42 §. ſi plures. 6. ff. de procurator (b) l. jam tamen. 5. §. ſi tamen. 7 ff. judic. ſolvi. vide an obſtet. l. ſi quis. 31. §. unius. 1. ff. de procurat.

Succedunt cauſæ & lites, ad quas procuratorem conſtitui jura vetant. Et primum ad agendas cauſas populares dari procurator non poteſt, niſi quis privatum damnum perſequatur. 35

Dict. l. licet. 42. in princ. & l. ſeq. §. popularibus, l. non cogendum. 45. §. 1. ff de procurat. l. qui populari. 5. ff. de popular. action. vide Cujac. lib. 22. obſervat. cap. 12. Donell. libr. 18. Commentar. jur. civil, cap. 10. fol. mihi 182.

Actionem quoque injuriarum, extra ordinem per procuratorem criminaliter neque perſequi, neque ſuſcipere quiſquam poteſt, niſi illuſtris fuerit. 36

l ult. C. de injur. §. ſin autem criminaliter. Inſtit. dict. tit. gloſſ. in l. licet. 42. §. 1. in verb. publica. ff. de procurat.

Neque ad cæteras criminales cauſas, ex quibus pœna uſque ad relegationem ſequi ſolet, procurator ad accuſandum vel defendendum dari poteſt. 37

l. penult. § ult. ff. de pub. jud. l. tunc convenit. 15. C. de accuſat. l. 1. ff. an per al. cauſ. appellat. red. poſſint. Bald. conſil. 426. num 3. part 5. Wurmſer. lib. pract. obſervat. tit. 5. obſervat. 5. to. 11. Non deſunt, qui arbitrantur, hodie ad accuſandum procuratorem admitti, cum pœna talionis ſublata ſit, Iul. Clar. lib. 5 ſent. § fin quæſt. 32 num. 3. & num 23. Andr. Gail. lib. 1. de pace publ. cap. 10. num. 7. & vide eundem, num. 2. 3. & 4. Vbi rationes adfert, cur in criminalibus non poſſit reus procuratorem conſtituere. Sed vid. Farinac. tract. crimin. de variis & diverſ. quæſtion. cap. 99. Nebelkrë. deciſ. 20. Dn. D. Beſold. part. 1. delibat. ad libr. 3. ff. quæſtion. 20. Arumæus. 1. deciſ. 3. ubi an parens pro filio admittatur.

Inter reos tamen recepti, hoc eſt, cum quibus lis conteſtata eſt, (a) (excepta ea, quæ inter reas adulterii recepta eſt,) (b) per procuratorem defendi poſſunt; quippe cum eos etiam abſentes damnari jura permittant. 38

a) l. 3. C. de accuſat. l. ſervum. 33. §. publicè. ff. de procurat. l. inter. 10

ff. de public. jud. Cujac. lib. 20. observ. cap. 20. Sed plerique dissentiunt veteres & recentiores, & inter hos etiam Duarenus ad t de procurat. c. 6. circa finem. Vide quoque Robert. lib. 2. sentent. jur. cap. 3. (b) l. miles. 11. §. eaque ff. ad leg. Iul. de adult. Cujac. dict. lib. 20. observ. cap. 19. Sed an valeant gesta à procuratore in causis criminalibus, si adversarius non excepit, vide Cavall. quæstion. 237. Gomez. tom. 3. var. resolut. c. 1. num. 16. Clar. lib. 5. sentent. § fin. quæst. 32. num. 24. Gail. lib. 1. de pac. public. c. 20. ad fin.

39 In causa tamen fractæ pacis accusatus in Camera, item qui ob infirmitatem, aut aliud impedimentum, ipse comparere nequit; ut & universitas criminaliter accusata; nec non persona illustris, nisi de gravissimis & enormibus delictis agatur; Et cui ex singulari Principis indulgentia id permittitur: per procuratorem judicium criminale suscipere potest.

Vide Andr. Gail. lib. 1. de pace publ. cap. 10. num. 8. & lib. 2. cap. 9. num. 3.

40 Ad causas, quæ præter infamiam, nullam irrogant corporalem sive personalem pœnam, quod attinet, illæ ad accusandum procuratorem non admittunt, (a) ad defendendum verò procuratorem recipiunt.

a) l. Non solum 39. §. fin. ff. de procurator. l. 1. vers. planè. ff. an per al. causa appellat. redd. poss.

41 Ad cæteras causas pecuniarias, [a] vel liberales, [b] & actor, & reus procuratorem constituere potest; nec interest ad litem futuram, [c] vel præsentem; in prima, vel secunda instantia, procurator ordinetur. [d]

a) l. fin. C. de procurat. (b) l. servum. 33. §. 1. ff. eodem. (c) l. item & 3. ff. de procurat. l. nihil arbitramur. 20. Cod. dict. t. (d) l. 2 Cod. eod. tit.

42 Supereſt modus, quo ad litem procurator constituitur. Procurator ad litem constituitur, vel in ipso judicio apud acta, vel extra judicium.

§. Sin autem per Procuratorem. Inst. de satisdat. & l. un. C. de satisdando. In Camera Imperiali, procurator alium substituere potest, in Cancellaria, vel coram Prothonotario. Ordinat. Cam. part. 1. tit. 20. §. Im fall aber. Fürstl. Würtemb. Landrecht. fol. 81. §. So dann & seq. ubi Plebst. part. 1. th. 44. Quid sit procurator ad lites, & qui eum constituere possit vel non vide Christinæ. vol. 1. decis. Belgic. Quis procurator ad litem constitui non possit. Christinæ. vol. 2. dec. 107. Vbi etiam tractat quæ sit ejus potestas & quæ ipsi opponi possint.

In

In ipso judicio apud acta constitui dicitur procurator, cum litigans 43
actor, vel reus apud judicem, quod hunc vel illum procuratorem suum velit, declarat, & is actor sit, se habiturum ratum, quicquid ille gesserit, promittit & cavet: & si reus fuerit, satisdationem, judicatum solvi, præstet.

d. §. Sin autem, Inst. de satisdat. & d. l. un. C. de satisdando. Fürstenthumbs Würemberg Hoffgerichts Ordnung/ *part. 1. tit. 8. & 9. fol. 23.* Landtrecht. *d. fol. 81.*

Atque ita constituto procuratore, Secretarius, Notarius sive Scri- 44
ba judicii, ad acta diligenter referre debet, quod sub actorum testificatione factus sit procurator hic vel ille, ab hoc actore, vel reo, contra illum reum, vel actorem, in hac vel illa causa.

c. Quoniam contra falsam. extr. de probat. Ordinat. Cameral. part. 1. t. 20. §. Im fall aber. Fürstlich Württemberg Alt. Landtrecht/ *part. 1. tit.* Von Anwälden vnd Anwaldschafft /*fol. 64. vers.* Welcher dann.

Extra judicium constituitur procurator, vel legitima scriptura, vel 45
sine scriptura.

Legitima ejusmodi scriptura est, qua litigans fatetur, se hunc vel il- 46
lum procuratorem suum esse velle, suoque nomine litigandi facultatem ei concedere, scil. expresso suo, procuratoris, itemque adversarii, & judicis nomine atque causa, tum etiam actibus ad quos procurator constituitur, cæterisque clausulis consuetis, veluti litis contestationis, juramenti calumniæ, substitutionis alii procuratoris, revocationis ejus, satisdationis hypothecariæ ratum haberi, quicquid procurator gesserit, renunciandæ appellationis, & reliquorum, quæ speciale mandatum exigunt, & denique appositæ generali clausulæ, vnd alles anderst vermöge rechtlicher Ordnung zuhandlen.

l. Qui proprio. 46. in pr. l. qui procuratorem. 65. ubi Bart. *ff. de procur. §. sin autem. 3. Inst. de satisdat.* Specul. *t. de procur. §. ratione autem formæ. num. 20.* Terminæus *in processu jur. c. 14. ubi vide formulam procuratorii,* Mynsing. *cent. 4. observ. 99.* & Noe Meurer. *in formularib.* Cammergericht. *proceff. part. 7. num. 2. & seqq. fol. 155. & num. 53. fol. 160* ubi ponit formulam procuratorii, Wesenbec. *in parat. ff. de procurat. numer. 7.* aliam vide Fürstl. Württemb. Landtrecht. *part. 1. titul. 16. fol. 87. & seqq.*

Sine Scriptura, extra judicium constituitur procurator, cum quis 47
alicui literis non intervenientibus, coram Notario, & testibus suam causam committit, litigandique facultatem, expressis prædictis clausulis concedit: per quos etiam testes, si in dubium vocetur procuratorium, probandum erit.

Bartol. *in d. l. procuratorem. 65. num. 3. ff. de procurat.* Speculator. *t. eod. §. ratione. num. 13.* Sichard. *in l. 1. num. ult. C. d. t.* Diaz. *regul. 609.* Boer. *dec. 181. per tot.*

48 Et ſi quis habeat inſtrumenta, ad cauſam pertinentia, mandatum eo ipſo quodammodo probatur: unde ſub cautione de rato admittitur, [a] quæ tamen cautio neceſſaria non eſt, ſi producens inſtrumenta probet illa à Domino ſibi tradita eſſe. [b]

a] Excellentiſſ. Dn. D. Beſold. *part 1. delibat. ad lib. 3. ff. quæſt. 13.* Alciat. *de præſumpt. reg. 1. præſumpt. 33.* Emanuel. Soarez. *in theſ. recept. ſent. in lit. M. num. 26.* vide eundem *in lit. P. num. 314.* ubi ex communi Dd. ſententia ſcribit, plenè probandum eſſe mandatum. Nec mandatum præſumi oſtendit Mantica. *de tacit. & ambig. convent. lib. 7. tit. 4.* niſi caſibus expreſsè à Mynſing. *5. obſerv. 8.* & Hiltrop. *in proceß. judic. fol. 135. num. 69.* relatis (b) Ludovic. Romanus *ſingul. 643. & conſil. 446. verſ. quo ad ſecundum.* Mantic. *dict. lib. 7. tit. 9.*

49 Eſt & illud hic notandum quod mandatum, procuratorium, in Camera Imperiali, [a] & ſuprema Curia Würtembergica, [b] non recipitur, niſi ad totam cauſam factum ſit.

a) Mynſing. *cent. 1. obſ. 46. & cent. 5. obſ. 84.* Andr. Gail. *lib. 1. obſerv. pract. obſerv. 1. num. 11.* (b) Fürſtenthumbs Würtemberg Hoffgerichts Ordnung / *part. 1. tit. 8. fol. 17. in princ. ibi, ad totam cauſam* geſchehen.

50 Quod ſi quis procuratorem ſe dicat, nec tamen verum mandatum habeat, vel habeat quidem, ſed inſufficiens, aut ſufficiens, ſed ad cauſam impertinens; falſus dicitur procurator; cujus tamen dominus ratum habere poteſt judicium & ſententiam, ſive in ejus favorem, ſive contra eum lata ſit, ſive item intra, vel poſt decendium ipſe dominus, minor, vel major, ratificet.

l. licèt. 56. ff. de judic. l. 3 §. ult. ff. rem. rat. haber. Andr. Gail. *lib. 1. obſerv. pract. obſerv. 47.* ſed vide Mynſing. *cent. 1. obſerv. 43.* Quia tantum operatur ratihabitio ſequens, quantum mandatum præcedens, *c. ratihabitione. de reg jur. in. 6.*

51 Proximum nunc eſt, ut de mandato, cum libera, & ſine libera adminiſtratione agatur. Mandatum cum libera adminiſtratione eſt, quo mandator plenam & liberam poteſtatem, gerendi negotii, vel cauſæ procuratori concedit: quale mandatum continet omnia ea, quæ dominus ipſe gereret, quæque ut nominatim & ſpecialiter mandentur, exigunt.

c Qui ad agendum, & cap. ſeq. de procurat. in ſexto. l. ſi procurator. 10. ubi Sichard. *C. de procurat. l. creditor. 60. §. Lucius, ff. mandati, l. procurator. 58.*

tor. 58. & l. seq. ff. de procurat. l. quâ ratione 9. §. nihil autem interest. vers. qua ratione, si cui libera ff. de adquir. rer. dominio l. illud. 25. §. fin. & l. seq. in princ ff. de minoribus, §. vendita verò. 41. vers qua ratione. Instit. de rer. division

Atque ejusmodi quo que mandatum est, si à mandatore aliquis, vel 52
aliqui de articulis, speciale mandatum exigentibus, expressi sint, adjecta clausula generali; Et omnia reliqua agendi, quæ ipse dominus præsens agere facere possem, ac tenerer.

d. c. Qui agendum. vers. sed si aliquis. de procurat. in sexto, Speculator. *eod. t. §. ut autem*, Wesenb. *in parat. ff. de procurat. n. 7.*

Est item ejus generis mandatum, quo quis procurator generaliter 53
constituitur, excepto aliquo casu, speciale mandatum exigente; verbi gratiâ, ne jusiurandum procurator præstet. Nam ejusmodi mandatum, comprehendit omnes cæteros casus, in quibus speciale mandatum requiritur, & qui aliàs comprehensi non essent.

Emanuel Soarez. *in thes. recept. sentent. in lit. M. n. 23. ubi aliorum authoritates in hanc sententiam allegat.*

Cui autem libera administratio commissa est, vendere quoque & 54
tradere rem domini potest, si id exigat negociorum administratio.

§. Vendita verò res, vers. qua ratione, ubi Cujac. *Inst. de rer. divis. & l. qua ratione. § hæ quoque. ff. de adquir. rer. dom* sed vide Donell. *libr. 4. Comment. cap. 15.* & Iohan. Vaud. *lib. 1. variar. quæst. quæst. 46.* Me *in tract. de investitur. feud. cap. 3. num. 52.*

Donatio [a] tamen & delictum [b] sub mandato cum libera, 55
non continentur.

a] *l. Pactum. 22. C. de pact. & l. contra, 23. §. ult. ff. d. tit. & l. filiusfam. 7. in princ. ff. de donat.* Tyraquell. *in l. si unquam. 8. verb. donatione largitus. num. 26. Cod. de revocand. donat.* [b] Emanuel Soarez. *in thes. recept. sent. in lit. P. num 309.*

Mandatum sine libera administratione est, quo mandator, vel ge- 56
neraliter universa negotia, vel specialiter causam litigiosam simpliciter (putà nulla facta mentione plenæ vel liberæ potestatis, vel quod ejus instar habeat) administrandam concedit. Vnde hujusmodi mandatum non continet eos etiam articulos, qui speciale mandatum exigunt, proindeque rectè contra ejusmodi mandatum, ut minus sufficiens, in judicio excipere adversarius potest.

Dict cap. qui ad agendum, & c. seq. de procurat. in sexto, l. procurator totorum, 63. ff. eod. tit. vide Ioan. Vaud. *lib. 1. variar. quæst. cap. 47.*

Adhuc mandati qualitas exposita est, sequitur ejus solutio: quæ fit 57
aut voluntate contrahentium, aut morte alterutrius.

Digitized by Google

58 Voluntate contrahentium solvitur mandatum, tum lapsu temporis, & negotio ac causa integrè expedita, tum revocatione & renunciatione.

59 Lapsu temporis, si ad certum usque tempus procurator constitutus sit, & tempus illud effluxerit, [a] quod tamen Dd. intelligunt de mandato solùm speciali, veluti ad unam litem, non etiam generali, quod volunt procuratorem expedire perficere posse, etiamsi dies, ad quem usque datus sit procurator, venerit. [b]

a] *l. Item & 3. ff. de procurat. §. mandatum & in diem, 12. Instit. de mandat.* Ferrariensis *in forma responsionis libelli, in actione hypothecaria, in verb. mandatum revocatum, num. 2. vers. item similiter finitur.* (b) Bart. & Petr. Costal. *in d. l. 3. ff. de procurat.*

60 Negotio, ac causâ integre expeditâ, solvi mandatum dicitur, si procurator negocium, sive cautam sibi commissam, planè confecerit & absolverit.

l. Maritus 20. vers. sin autem, ubi Dd. C. *de procurat. §. mandatum non suscipere. Inst. de mandato, l. si mandavero 22 §. fin. & l. si quis 27. §. qui mandatum, ff. mandati.*

61 Hinc quæritur, an procurator ad litem datus, latâ sententiâ definitiva, non solùm appellare, sed & prosequi appellationem teneatur? Et quod appellare, aut si justa causa eum excusset, saltem domino, ut ad Beneficium appellationis convolet, contestari, non etiam Iure Canonico & civili prosequi appellationem teneatur, textus est expressus, & communi Dd. calculo ea sententia probata est.

Cap. penult. ubi gloss. & Canonist. extra de procurat. l. si actor C. de appell. text. & gl. in l. invitus 19. ubi Bald. & Sichard. *num. 4. & seqq.* C. *de procurat.* Wurmser. *lib. pract. observ. t. 5. observ. 9.* Gail. *lib. 1. observat. pract. observ. 139. num. 9. & 11.* Guido Papæ *de appellat. num. 75.* Emanuel Soarez. *in thes. recept. sentent. in lit. P. num. 301. & seq.* Grævæ. *lib. 1. consult. 45. num. 3.* Nisi Procurator cognoscat causam esse calumniosam, quo casu appellare non cogitur. *l. si per imprudentiam. 51. in pr. l. Herennius. 63. §. 2. ff. d. evition.* Sed eo in casu sententiæ potest satisfacere. *l. 10. §. 11. ff. mandat.* Etenim in aliena causa etiam bona fides agnoscenda, *l. quoties. 9. §. 6. ff. de admin. & pericul. tutor.* Nec potest videri boni viri arbitratu litem defendere, qui actorem frustrando efficit, ne ad exitum lis deducatur. *l. fin. ff. de procurat.* quævis enim frustratio & tergiversatio Legislatori odiosa est. *l. 1. C. de dilat.*

62 Non potest etiam Procurator specialis, ad litem datus, latâ definitivâ sententiâ, petere vel expensarum taxationem, (a) vel sententiæ execu-

Digitized by

executionem, (*b*) niſi ſit procurator ſupremæ Curiæ Imperialis, (*c*) vel ſumptus in lite factos à Domino conſequi (*d*) non poſſit.

a) Wurmſer. *lib practic. obſerv. t. 5. obſ. 13.* Hinc clauſula de petenda expenſarum taxatione, mandato expreſsè inſeri ſolet. (b) *l. ſi procurator 28.* Vbi Bart. *ff. de procurat. l. hoc jure 86. ff. de ſolut.* Wurmſer. *d. t. 5. obſ. 7.* Duaren. *ad t. de procurat. c. ult.* (c) additio ad Wurmſer. *d. t. 5. obſ. 7.* (d) Roman. *ſingul. 645. & ibi in additione.*

Revocatione ſolvi mandatum dicitur, ſi mandator re adhuc inte- 63
gra, mutaverit voluntatem, & nolit ampliùs, ut ſit procurator, quem conſtituerat.

§. *Rectè quoque. 9. Inſt. de mandat. l. ſi verò 12. §. pen. ff. mandati, l. ante litem 16. ff. de procurat.*

Poſt litem ergo conteſtatam, quâ res integra eſſe deſiit, mandator, 64
non niſi ex juſtis cauſis, revocare mandatum poteſt: de quibus cauſis, prævià citatione, ſummariè cognoſcendum eſt, niſi procurator & adverſarius revocationi conſentiant.

d. l. Ante. 16. l. poſt litem. 17. & ll. ſeqq. ff. de procurat. c. 2. de procurat. in ſexto. item l. filiusfam. 8. §. fin. & ll. ſeqq. ff. de procuratoribus l. procuratoribus. 22. C. eodem t. Mynſing. *cent. 5. obſ. 44.* Andr. Gail. *lib. 1. obſerv. pract. obſ. 46. num. 8. & 9. obſ. 47. num. 10.* Pet. Berintend. *dec. Bonon. 80. num. 3.* Zanger. *d. Except. part. 2. c. 8. num. 49. & ſeqq.* Excellentiſſ. Dn. D. Beſold. *part. 1. delibat. ad lib. 3. ff. q. 22.*

Revocatio igitur, quæ ſit lite conteſtata, intimanda eſt, non tantùm 65
procuratori, ſed & judici, & patri; aliàs geſta per procuratorem, quò ad præjudicium revocantis valent.

Cap. mandato procuratoris, extra de procurat. Mynſing. *dict. obſ. 44.* Ferrarienſ. *in forma reſponſionis libelli, in act. hypothecaria, in verb. mandatum revocatum, n. 3.* vide quoque Coſtal. *in l. ſi procuratorem 65. ff de procurat.* Et hic non ſufficit ad revocationem ſupplex libellus, ſed neceſſe eſt Procuratorem citari, ad videndum fieri revocationem. Zanger. *de except. dict. c. 8. part. 2. num. 59.* Vantius *d. nullitat. d. inhabilit. ſeu defect. mandat. num. 152.*

Quod ſi procurator ad negocia extrajudicialia conſtitutus ſit, & 66
quidem certæ negotiationi, vel mercantiæ deputatus, per proclama, vel aliter publicè mandatum revocandum erit, nec eſt neceſſaria ſpecialis certiorati alicujus perſonæ. (*a*) Sin fuerit ſimplex procurator, & mandatum directum eſt ad certam perſonam, puta ut procurator equum à Titio emeret, certiorem reddere eam perſonam de revocatione dominus tenetur. (*b*)

a) *l. Sed ſi pupillus. 11. §. de quo palam, 2. & §. ſeq. ff. de Inſtit. action.*

(b) *l. 2.*

(b) *l. 1. §. Sed ego quaro, 2. ff. quod jussu.* Ferrariensis. *dict. loc. num. 2. & 5.*

67 Renunciatione solvi mandatum dicitur, cùm procurator, re etiam integra, justam aliquam ob causam, quàm primùm poterit, nunciat mandatori, quod susceptum officium explere non possit.

l. Si mandavero. 22. §. sicut autem. 11. & l. si quis alicui. 27. §. qui mandatum, 2. ff. mandati l. sicut initio. 5. C. de obligat. & act. l. in commodato 17. §. sicut. vers. voluntatis enim est suscipere mandatum, necessitatis consummare, ff. commodati, §. mandatum non suscipere. 11. Inst. de mandato. Franc. Connan. *lib. 7. Comment. jur. civil. cap. 14. num. 11.* Andr. Gail. *lib. 1. observ. pract. observ. 46. num. 3. & obs. 74. num. 10.* Iustas renunciandi causas vide *in l. sanè 23. l. seu ob. 24. l. seu ob. 25. ff. mandati, & l. filiusfam. 8. §. ult. & ll. seqq. ff. de procurat.* Christinæ. *decis. Belgic. vol. 2. dec. 108.*

68 Quia autem ex justa tantùm causa, etiamsi adhuc integra, mandato renunciandum est, si dominus non consentiat, de illa renunciationis causa summariè à judice cognoscendum erit.

Andr. Gail. *lib. 1. observ. 46. n. 2. & 5.*

69 Procurator volens ergò deponere officium procurationis, & mandato suo ob justam causam renunciare, inprimis citationem ad videndum se exonerari à judice petere potest. Nam simplex renunciatio, in judicio facta oretenus, vel in scriptis facta, non sufficit; multò minùs extrajudicialis renunciatio, parti verbis, vel scripto facta, si ab ea non acceptetur.

Andr. Gail. *d. obs. 46. n. 1. 2. 4. & seqq.*

70 Et si procurator post litis contestationem se exonerare velit, cum litis contestatione contrahatur obligatio, cum adversa parte, *(a)* non solùm contra mandatorem, sed & ipsam partem citatio petenda erit. *(b)*

a) *l. Licet. 3. §. idem scribit, 11. vers. nam sicut in stipulatione, ff. de pecul.* Andr. Gail. *lib. 1. obs. pract. 74. num. 6.* (b) *c. mandato. extra de procurat.*

71 Impetrata citatione, ad videndum se exonerari, & renunciationem fieri eaque producta, si citatus in comparendo contumax sit, proclama inprimis contra ipsum decernitur, quo facto, procurator viva voce repetet narrata citationis, loco summariæ petitionis, petendo se exonerari, & per generalia desuper concludendo, quo facto, summariè, & de plano statim in contumaciam non comparentis proceditur.

Andr. Gail. *d. obs. 46. n. 5. & 7.*

72 Atque ita voluntate mandatoris, & procuratoris solvitur mandatum: Morte alterutrius solvitur mandatum, non solùm naturali, sed etiam civili morte mandatoris, vel procuratoris.

l. Cum

Digitized by Google

l. Cum quid 38. in pr. & l. fin. ff. de solut. l. post litem 17. ff. de procurat. l. inter causas 26. in pr. l. qui negocia 34. §. fin. ff. mandat. l. pen. vers. nam & si tibi ff. de rebus credit. vide Cujac. *in tract. 8. ad Affrican. in explicat. ejusdem l. pen.*

Si tamen post mortem mandatoris explicandum sit mandatum, *(a)* 73
vel ignorante procuratore mandator decesserit, *(b)* vel res amplius integra non sit, *(c)* velut si lite contestata mandator moriatur, *(d)* obitu ejus non intercidit mandatum.

a) *l. Si verò 12. §. fin. l idemque 13. ff. mandat.* vide Cujac. *lib. 1. observ. c. 38.* & Hotoman. *lib. 2. responsor. amicab.* (b) *§. item si. 10. versic. sed utilitatis causa, Inst. de mandat. l. inter 26. ff. mandat. l. actione 65. §. item si alicujus. ff. pro socio.* vide Cujac. *tract. ad Affrican. mihi fol. 483. & seq.* (c) *l. mandatum 15. C. mandati. dict. §. item si adhuc 10. Inst. de mandato* (d) *l. nulla 25. C. de procurat.* vide Wurmbser. *in pract. observ. t. 5. observ. 15.* & Hartman. Hartmanni *lib. pract. obs. t. 7. obs. 2.*

Neque intercidit mandatum morte mandatoris, si is consentiente 74
procuratore, de judicato solvendo satis dedit.

l. Si defunctus 15. & ibi Bart. & Bald. *ff. de procurat.* Mynsinger. *Cent. 2. obs. 84.* Mantica *de tacit. & ambig. convention. lib. 7. t. 23. ubi eleganter.*

Procuratoris verò morte extinguitur mandatum, etiamsi res desie- 75
rit esse integra.

l. Si quis 27. §. morte & l. mandatum 57. ff. mandat. l. tam ex contractibus. 57. versic. certè, ff. de judic. Francisc. Connan. *lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 14. n. 12.*

Etsi autem morte mandatoris, vel procuratoris, mandatum inter- 76
cidat, pro ea tamen parte, quæ consummata est, mandati actio non solvitur.

l. Si precedente 58. in pr. ff. mandat. Connan. *d. c. 14. n. 12.*

Succedit obligatio, quæ inter mandatorem & procuratorem consti- 77
tit: *(a)* quæ licet mutua sit, *(b)* in ea tamen mandatoris causa prima est, altera procuratoris; unde primum de illa, post de hac dispiciendum. [c]

a) *l. Licet 42. §. ea obligatio, 2. ff. de procurator.* (b) *princ. versic. unde in causis. Instit. de authorit. tutor. & §. ultim. Instit. de obligat. ex consensu. & l. 2. §. fin. ff. de obligat. & actionib. l. servus meus 19. vers. quoniam, ff. mandati.* (c) Id quod patet tum ex eo, quod à mandatore, totus hic contractus appellatur mandatum; tum quod statim perfecto hoc contractu, mandatori obligatur procurator, non etiam huic ille: *l sicut initio 5. C. de obligat. & actio, l. in commodato 17. §. sicut autem. vers. voluntatis*

est enim, ff. commodati; tum quod mandatori directa, procuratori verò contraria mandati actio competit. *Rubr. ff. & C. mandati vel contra, & l. si verò 12. §. contrario judicio. ff. d. t.*

78 Obligationem, qua mandatori tenetur procurator, duo afficiunt: Debitum quod attinet, & actio quâ debitum illud mandator persequi potest.

Dict. l. licet 42. §. ex obligatio, 2. ff. de procuratoribus.

79 Debiti illius partes duæ sunt. Una versatur in mandato exequendo, implendove, (a) altera in rationum de suscepto mandato redditione, (b) & restitutione eorum, quæ ad procuratorem per causam mandati pervenerunt. (c)

a) *l. Si procuratorem 8. §. sed & de lite, l. si mandavero 22. §. ult. l. si quis 27. §. qui mandatum, ff. de mandat.* (b) *l. qui proprio 46 §. procurator. 4. ff. de procuratoribus,* (c) *quæ illa sint, paulo post dicetur.*

80 Exequi autem, & implere mandatum procurator tenetur, tum juxta fines & præscriptam formam sive legem mandati, (a) tum ut bona fides, & natura mandati postulat, ita ut ne quid dolo, vel culpa etiam levissima, in re mandata gerat, vel omittat. (b)

a) *l. Diligenter 5. & l. potest 41. l. si quis 46. ff. mandati, l. procuratorem 11. & l. seq. C. d. tit. §. si qui 8. & §. mandatum non suscipere. 11. Instit. de mandato.* (b) *d. l. procuratorem 11, & l. à procuratore 13. & l. in re mandata 21. C. mandati l. contractus 23.* ubi Cujac. & Petr. Faber. *ff. de Regul. Iur.* Constant. Harmenop. *libr. 6. Epitom. tit. 2.* gloss. *in §. pen. in verb. justa causa, Instit. de mandat.* Alciat. *in l. magna negligentia 226. ff. de verb. signif.* Emanuel Soarez. *in thes. receptar. sentent. in lit. M. num. 35.* Donell. *lib. 13. Comment. cap. 11. pag. 170. & seq.* vide quoque meum Commentar. *in d. l. contractus 23. ff. de Reg. Iur. c. 4. num. 5.* Gail. *practic. observ. lib. 1. observ. 45. num. 5.*

81 Etsi verò casum fortuitum domino præstare procurator, ex natura mandati non teneatur, (a) attamen si hac lege susceperit mandatum, ut res periculo ejus sit, præstare casum mandatori debet. (b)

a) *l. à Procuratore 13. C. mandati, l. quæ fortuitis 6. C. de pignorat. act.* (b) *l. & Aristoni 39. ff. mandati, & d. l. contractus 23, in fin. de Reg. Iur.*

82 Exigit & illud mandati natura, ut si procurator ad agendum datus sit, mandatorem quoque in reconventione defendat.

l. Servum 33. §. ait prætor. & §. seq. l. sed & hæ 35. §. ultim. cum trib. ll. seqq. ff. de procuratorib. Vantius *de nullit. cap. ex defect. mandat. num. 84.* Tulchus. *practicar. conclus. lit. P. conclus 340. & lit. M. conclus. 50.*

83 Quod si procurator susceptum mandatum exequi nolit, aut non juxta præscriptam formam, bonam fidem, & naturam mandati illud exequatur,

quatur, in id quod intereſt mandatoris tenetur: quod ſi nihil ejus interſit, ceſſat mandati obligatio.

Dict. l. ſi procuratorem 8. §. mandati actio, 6. l. ſi quis alicui. 27. § qui mandatum, 2. ff. mandati, & l. ad comparandas. 16. C. d. t.

Altera pars debiti mandatarii, ut dixi, verſatur in rationum reddi- 84
tione, (*a*) & reſtitutione eorum, quæ ad procuratorem per cauſam mandati pervenerunt. Vt ſunt fructus, itemque uſuræ perceptæ, & ex mora præſtandæ. (*b*) Item ſi per errorem vel injuriam judicis indebitum per cauſam mandati conſequutus ſit procurator, id quoque reddere debet: (*c*) tum etiam quæſitas actiones cedere mandatori tenetur. (*d*)

a) *Dict. l. qui proprio. 46. §. procurator, 4. ff. de procurator.* (b) *d l.* 5
Idemque 10. §. ſi ex fundo, 2. & §. ſeq. & §. idem Labeo, 9. ff. mandati, (c) *d. l. qui proprio 46. §. procurator. 4. verſ. itaque, ff de procurator*, [d] *l. ſi procuratorem 8. §. ſi liber. 5. & §. ultim. l. qui mandatum 43. ff. mandati l. poſſeßio quoque 49. §: ult. ff. de adquirend. vel amittend. poſſeſſ.*

Mandatori tamen, etiam ante ceſſionem actionum, utiliter obli- 85
gati ſunt, qui cum procuratore in cauſa mandati contraxerunt, (*a*) maximè ſi procurator ſolvendo non fuerit. [*b*]

a] *l. Iulianus. 13. §. ſi procurator, ff. de actionib. empt. l. ſi procuratori 79. ff. de verbor. obligat. l. quod procurator 68.* & ibi, gloſſ. *ff de procuratorib. l. 3. Cod. de donat. quæ ſub modo, l. ſi tuas 8. C. ad exhibend. l damni 18. §. ult.* ubi Paul. de Caſtro. *ff. de damno infect. l. nam poſtea quam 9. §. pen ff. de jurejurand. funct. l. in cauſa 27. §. ult. ff. de procurat. l. 2. C. per quas perſon. nobis acquirit.* Sed directæ actiones, per procuratorem contrahendo quæſitæ, mandatori non competunt, *l. 1. C. dict. t. l. multum intereſt. 6. §. ſi verò. C. ſi quis alteri vel ſibi, l. fundus ille. 64 ff. de contrahend. empt. l. etſi 16. C. de pignorib. l. ſi maritus 19. C. de diſtract. pign. l. 3. l. ult. Cod. de inutilib. ſtipulat. l. ſtipulatio 38. §. alteri ff. de verb. oblig. l. ſolutum 11. §. per liberam, ff de pignorat. act.* facit textus, *in l. quæcunque. 11. ff. de obligat. & act. & l. ea quæ 53. ff. de acquir. rer. domin.* vide Hoteman. *libr. 4. obſervat. cap. 2.* [b] *l. 1. in fin. junct. l. ſeq. ff. de inſtitor. action.* ubi Coſtal. Idem Coſtal. *in l. ſi procurator 27. ff. de procurat.* & Bald. *in l. ſi mutuam 5. C. de inſtit. actione.*

De ſuo etiam facto, (*a*) id eſt, de evictione rei emptæ ob ſuum fa- 86
ctum contingente, procurator mandatori caveri tenetur, (*b*) puta quod ante traditionem emptum ſervum pignoraverit, & periculum eſt, ne jure pignoris à creditore evincatur, vel quod eum ſervum manumiſerit, qui ſe ſit vindicaturus in libertatem. (*c*)

a] *l. Sed ſi pro. 9 ff. mandat.* (b) *l. ſi quis. 14. §. fin. ff. de noxal. action.*

Digitized by Google

(c) *l. si post acceptum. 18. ff. de rei vindicat.* Iacob. Cujac. *in Commentar. in lib. 32. Paul. ad edict. pag. 101.*

87 Actio, quâ mandator debitum persequi potest, est actio mandati directâ, *(a)* quâ de dolo condemnatus procurator efficitur infamis. *(b)*

a] *Rubr. ff. & C. mandati vel contrâ, d. l. si procuratorem 8. §. mandati actio. junct. l. si verò 12. §. contrario judicio, ff. d. t. §. ex quibusdam, Instit. de pœna temer. litigant.* vide Donell. *libr. 13. Commentar. c. 14. pag. 181. in fin. & pag. seq:* [b] *l. 1. ibi, mandati, l. furti. 6. §. mandati, 6. & §§. seqq. ff. de his qui notantur infam. dict. §. ex quibusdam, Instit. de pœna temer. litigant.*

88 Est & illud hic notandum, quod si procurator ad litem datus, suâ negligentiâ, vel terminum probatorium præterlabi patiatur, vel post latam contra dominum sententiam, intra decendium non appellet, ipse autem solvendo non sit, ut actio mandati contra eum inanis comperiatur: dominus contra adversarium suum, cum quo per procuratorem litigavit, in integrum restitui possit.

Hartman. Pistor. à Seuseliz. *lib. 1. quæstio jur. quæst. 36.* Andr. Gail. *lib. 1. observ. pract. observ. 45. num. 6. & seqq.* Græv. *lib. 1. conclus. 45. numer. 7. & seqq.* Sichard. *in l. 3. num. 21. C. quomod. & quand. jud.* quomodo autem quis non solvendo probetur deducit Mascard. *d. probat. concl. 664. num. 7. & seqq. & conclus. 737.* Græv. *conclus. dict. 45. consid. 1.* Quod si procurator fuerit solvendo, negligentia ea domino nocet, neque res judicata rescinditur: *l. 10. C. d. procurat.* Regressum tamen habet ad procuratorem agendo mandati. *d. l. 10. l. 8. §. 1. ff. mandat.* vide *l. 39. ff. ex quib. caus. major.*

89 Quod attinet obligationem, quâ mandator tenetur procuratori, in ea similiter duo spectantur; debitum quod continet, & actio qua procurator debitum illud persequi potest.

Dict. l. licet 42. §. ea obligatio, ff. de procuratorib.

90 Debitum illud est, tum datio pecuniæ etiam ante impletum mandatum, si mandator pecunia quid procurari velit, [a] tum ut mandator reddat procuratori vel ejus heredi, quæ in causam mandati ratione probabili impendit, [b] & resarciat ei damnum, quod propter mandatum fecit, *(c)* suscipiatque in se obligationem, quam procuratorio nomine contraxit, *(d)* sive impletum sit mandatum, *(e)* sive pro impleto habeatur, ut si procurator post cœptam mandati executionem, vel discesserit in itinere, vel missus ad fundum emendum, à Titio non emerit, eò, quod Titius recusavit fundum suum vendere, vel missus ad vendendum non vendiderit, quod nullus emptor extiterit, *(f)*

a) *l. Si*

Digitized by Google

a) *l. Si verò 12. §. fin. & l. ſeq. ff. mandati*, [b] *l. ſi quis 27. §. impendia, 4. l. qui mutuam. 56. §. ult. ff. mandati, l. etiam ſi 4. C. d. t.* [c] *l. ex mandato 20. in princ. l. inter 26. §. non omnia §. pen. & ult. ff. mandati, l. ſi ſervus 61. § quod verò ad mandati, ff. de furtis*, vide Iacob. Cujac. *in tract. ad African. in explicatione proximè allegati §. mihi pag. 437. & ſeq.* (d) *l. ſi mandatum. 45. in princ. & §. quoties, ff. mandati.* Quod ſi mandator nolit in ſe obligationem ejuſmodi ſuſcipere, condemnatur in id, quod procuratoris intereſt, *l. ſi quis ab alio 13. in princ. ff. de re judicat, & l. ſtipulationes non dividuntur 72. in princ. verſ. Celſus tamen, ff de verb. obligat.* (e) regulariter non impleto mandato, debitum hoc natum dicitur, *l. ſi mandatu. 45. §. 1. ff. mandati.* [f] *d. l. qui mutuam. 56 §. ult. ff. d. tit.*

Etſi verò, cum certa mandati forma præſcripta eſt, veluti ut procurator mandatori fundum emeret, ad centum uſque aureos, aut ſponderet uſque ad centum aureos: is autem ab hac forma recedat, & fundum emat pluris, aut in ampliorem pecuniæ ſummam fidejubeat, meâ juris ratione mandator procuratori omninò non obligatur, ex Sabini & Caſſii ſententia: Iuris tamen benignitate, benevolentia, & humanitate, ex ſententia Nervæ & Proculi, conſiſtit etiam in mandatorem mandati obligatio, uſque ad mandati cauſam, non ultra. 91

l. 3. §. ultim. l. 4. & l. rogatus 33. ff. mandati, vide Cujac. *lib. 12. obſervat. cap. 34. & in Commentar. in libr. 32. Pauli ad edictum. pag. 99. & ſeq.*

Vt inutile eſt factum procuratoris, quoad ſummam, quæ excedit præſcriptam mandati formam, ſic in totum inutile eſt, nec ejus nomine obligatum habet mandatorem, ſi omnino fines mandati excedat: veluti ſi domum Sejanam emere rogatus, Titianam emat, licèt minoris, vel ſi rogatus fundum meum vendere centum, vendat nonaginta. 92

l. Diligenter. 5. in princ. junct. §. itaque 2. & §. ſeq. ff. mandati.

Meliorem tamen cauſam mandatoris ſi efficiat procurator, obligat ſibi mandatorem; puta ſi rogatus Stichum emere decem, vel minoris emerit vel tantidem, ut tamen aliud quicquam ſervo accederet. 93

Dict. l. 5. §. ult. ff. mandati, & §. quod ſi minoris, Inſtit. de mandato.

Actio, quâ procurator ejuſmodi ſuum debitum perſequi poteſt, eſt mandati contraria actio, (a) quâ etiam omiſſâ, retentione rerum ſibi conſulere poteſt, niſi dominus ei ſolvere paratus ſit, (b) Etſi mandator ſolvendo non ſit, petere poteſt procurator ad litem datus, ut ſibi ex re judicata ſatisfiat. (c) 94

a) *d. l. Si verò 12. §. contrario judicio, ff. mandati, d. §. ex quibuſdam, Inſt. de pœna temerè litigant.* (b) *l. quæ omnia. 25. cum ſeq. ff. de procurat. l. ſi in area 33. in fin. ff. de condict. indebit. l. Paulus 14. ff. de except. doli*

mali, l. in hoc judicium 14. §. 1. ff. commun. divid. (c) *l. actoris 30. ff. d. tit.* Oldendorp. *claſſ. 4. action. 24.*

95 Salarium tamen, ſi quod certum promiſſum ſit procuratori, cùm mandati obligatione haud contineatur; nec peti per hanc actionem poterit, ſed opus eſt extraordinaria perſecutione.

l. 1. C. mandati, l. ſalarium 7 ff. d. t.

96 Adhuc fuit proprium mandatum: reliquum eſt mandatum improprium. Eſt autem improprium mandatum, quo quis procurator in rem ſuam conſtituitur.

d. l. Licet 42. § ea obligatio, ff. de procuratoribus.

97 In rem autem ſuam procurator conſtitui dicitur is, in quem aliquis ſuas actiones exercendas alienat.

l. Si delegatio. 3. C. de novat. l. nominis. 3. l. emptor. 5. juncta l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vend. Donell. *in l. 1. n. 5. C. de novat.*

98 Hujuſmodi mandatum etiam miles ſuſcipere poteſt, [a] proindeque & Curialis. [b]

a] *l. Si filiusfam. 8. §. veterani, ff. de procurat. & l. qui ſtipendia. 9. C. d. t.* [b] *argumento jam adductarum legum.*

99 Et integrum eſt procuratori in rem ſuam conſtituto, etiam ante litem conteſtatam alium ſubſtituere.

Cap. 1. §. 1. de procuratorib. in ſexto. Sichard. *ad l. quod quis. 8. C. de procurat.*

100 Neque poteſt mandator hujuſmodi mandatum revocare.

l. Qua omnia 25. l. procuratore 55. ff. de procur.

101 Ex hoc mandato non naſcitur mandati actio, ſed actio negotii illius, quo alienata eſt in alium actio exercenda.

d. l. Licet 42. §. ea obligatio, ff. de procurat. l. illam ſubtilem. 33. C. de donat. l. 1. l. ſi in ſolutum. 6. l. ſi à creditore. 7. C. de oblig. & act.

CLAS.

Digitized by Google

CLAS. II. DISPUTAT. VII.

DE CONTRACTU, QUO RE constituitur obligatio, tum in specie de mutuo.

THESIS I.

EXposito genere contractuum, qui solo fiunt consensu, deveniendum nobis erit ad genus eorum contractuum, qui re obligationem pariunt. 1

Sunt quatuor genera contractuum. §. *fin. Inst. de oblig.* & quidem eorum duo Iuris gentium, quorum uno obligatio consensu contrahitur, altero re contrahitur obligatio, §. *& hoc jure, Inst. de jur. nat. gent. & civil.* duo verò Iuris Civilis, ut quorum uno literis, altero verbis, obligatio constituitur, *l. ex hoc jure. 5. in fin. ibi, exceptis quibusdam, quæ à Iure Civili introductæ sunt, ff. de Inst. & jur. junct. §. 1. ibi, hoc enim sapissimè constitutum est, & §. multum, ibi, ex principalibus constitutionibus, Inst. de literar. oblig. & §. de constituta 9. Inst. de action.* sed de primis duobus generibus primùm est agendum, post de cæteris duobus, *argum. §. singulorum, vers. commodius est, Inst. de rer. divis.*

Contractus re obligationem parere dicitur, ad cujus perfectionem & substantiam præter conventionem, [a] desideratur etiam rei interventus, qui initium obligationi hujus contractus præbet, [b] proindeque causa dicitur [c] ejus obligationis, quæ ex hujusmodi contractu nascitur. 2

a] Nullus est contractus, qui in se non habeat conventionem, etiamsi re fieri dicatur, *l. 1. §. conventionis, vers. adeò autem, ff. de pact. l. non omnis 19. in princ. ff. de rebus cred. l. 3. §. 1. ff. de oblig. & action.* [b] *l. 1. §. item emptio, ibi, permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet. ff. d. rer. permut. l. si tibi decem 17. in pr. ibi, re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit, ff. de pact.* Per rei autem interventum intelligimus etiam interventum facti, ut in contractibus innominatis, facio ut des, facio ut facias. Nam in his contractibus obligationi initium

præbet

præbet ipsum factum, *l. soient. 15. vers. quod si solutum, ibi, conventio ista non est nuda, ff. de præscr. verb.* Quod si factum propterea dicitur causa, *in l. Iurisgentium 7. §. sed etsi in alium, ibi. Subsit tamen causa, & §. sed cum nulla, ff. de pact.* & factum quoque, licet ut plurimum rei opponatur, *§. non solùm res, Inst. de verbor. obligat.* Haud ratò tamen rei appellatione venit, *ut in l. stipulatio ista. 38. §. si quis dolum, ff. de verb. oblig. l. 1. in pr. ibi quantum ex ea re, ff. de his qui effud. vel dejecer*, Donell. *libr. 12. Comment. jur. civil. c. 12. pag. 44.* [c] *d. l. jurisgentium. 7. §. 2. & §. sed cum nulla, ff. de pact.*

3 Ejus autem species sunt: mutuum, indebiti solutio, commodatum, depositum, pignus, [a] & contractus innominati, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. [b]

a] *t. t. Inst. quibus mod. re contrab. oblig. l. 1. §. re contrahitur, & tribus §§§. seqq. ff. de oblig. & act.* [b] *l. 1. §. item emptio, ff. de rer. permut. l. naturalis 5. §. 1. & seqq. ff. de præscript. verb. l. ult. ff. de condict. caus. dat.* Donell. *dict. lib. 12. Commentar. jur. civil. c. 12. pag. 44. & seq. infr. hac class. disp 13. th. 1.*

4 In horum contractuum societatem non admittimus precarium, ut nec in ullum aliud genus contractus.

Per l. interdictum 14. ff. de precar. obstare videtur *l. 2. ff. d. t. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* & dissentit Donell. *dict. lib. 12. cap. 13. pag. 46. vers est altera species.* vide me *in Commentar ad lib. 3. Institut. pag. 210. & seq.*

5 Neque recipimus in hoc genus contractus nudam promissionem dotis, (a) neque simplicem dotis dationem, (b) neque salarii pollicitationem procuratori factam, (c) neque judicium acceptum, (d) neque insiurandum conventionale. (e)

a] Nuda promissio quandoque significat stipulationem, & opponitur promissioni, quæ fit per satisdationem, id est, datis testibus, vel per insiurandum, §. *sed hodie, 2. Inst. de satisdat.* sed hîc nudam dotis promissionem accipimus, tum pro nudo pacto, tum pro stipulatione dotis, *l. ad exactionem 6. C. de dot. promiss.* Atque hanc dotis promissionem esse contractum, qui re constituat obligationem, scribit Donell. *d. lib 12. c. 14.* eò quod hæc promissio sit conventio, quæ contineat factum, quod est, ducere uxorem, quæque non aliter producat obligationem, quàm si is, cui promissio dotis facta est, uxorem, pro qua dos promittitur, ducat, siquidem dos sine matrimonio esse non possit, *l. 3. & l. dotis promissio. 68. ff. de jur. dot.* Atqui si hæc ratio ad arguendam hanc sententiam quid valet, sequetur inde, omnem conventionem sub conditione facti interpositam esse contractum, quo re contrahatur obligatio: veluti si vendam

Digitized by Google

dam tibi fundum sub hac conditione, si puerum meum erudiendum susceperis, aut si locem tibi domum hac conditione, si Mœvium servum tuum manumiseris. Sed ut hujusmodi aliqua conventio, conditionalis venditio est, vel locatio, non contractus, qui re obligationem constituat, etiam existente conditione, *l. hac venditio, 7. in pr. ff. de contrab. empt. l. 2. ff. de in diem addict. l. sicut emptio. 20. ff. locat.* ita quoque dotis pactio vel stipulatio, quæ conditionale pactum, vel stipulatio est. *d. l. dotis, 68. ibi, cùm omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat. ff. de jur. dot.* manet pactum, vel stipulatio, etiam post matrimonium contractum. Nulla enim propria ex ejusmodi dotis pacto, vel stipulatione, actio datur, sed, cùm pactum hoc legitimum sit, olim dabatur ex eo tantùm condictio ex lege. *l. 1. ibi, condictione, ubi gloss. C. de jur. dot.* sed hodie, ex Iustiniani constitutione, ex tali dotis pacto, non minùs, quàm ex stipulatione dotis, actio ex stipulatione competit, *l. un. in princ. C. de rei uxor. act.* Adhæc dotis promissio valet etiam post contractum matrimonium, *l. 2. §. creditum, vers. creditum autem, ff. de reb. cred. & l. si pater filiæ, 44. §. 1. ff. de jur. dot.* Ejus ergo conventionis substantia non consistit in ipso facto, in ducendo scilicet uxorem, sed matrimonium est tantùm subjectum dotis & promissionis illius, & hæc est matrimonii adjunctum aliquod. *d. l. 3. ff. d. t.* non est ipsum matrimonium causa substantialis, sive formalis, quæ ipsam dotis promissionem constituat, & perficiat, (*b*) *per l. si dotem, 24. C. de jur. dot. junct. l. 3 §. 1 ff. de oblig. & act.* Dissentit Donell. *lib. 12. Comment. c. 13. pag. 45. & seq.* Sed vide Commentarium meum *ad Inst. t. quib. mod. re contrab. oblig.* (*c*) Omnis contractus requirit conventionem, *l. 1. §. conventionis, vers. adeò autem, ff. de pact.* Sed pollicitatio non est conventio, *l. 3. in princ. ff. de pollicit.* Ergo nec contractus. Proindeque nec contractus, qui re constituit obligationem. *infr. hac cl. disp. 19. th. 2.* Dissentit Donell. *d. lib. 12. c. 14. pag. 47.* Vulteius *lib. 1. Iurispr. Rom. c. 28.* (*d*) Contractus enim, utjam dixi, non est absque conventione: sed in accepto judicio, id est, litis contestatione, non est ulla conventio: judicium enim in invitum redditur, *l. inter stipulantem. 83. §. 1 ff. de verb. oblig.* Sed initiò libera est potestas unicuique habendi vel non habendi contractus. *l. sicut initio. 5. C. de obligat. & act.* contractus est consensus duorum vel plurium in idem. *d. l. 1. §. conventionis, ff. de pact.* at in litis contestatione ab actore dissentit reus: negat enim se debere. *l. rem non novam. 14. §. patroni, ibi, cùm lis fuerit contestata post narrationem propositam, & contradictionem objectam, C. de judic.* contestatio ergo litis non est contractus. Dissentit Donell. *d. lib. 12. c. 14. pag. 49.* (*e*) Quilibet enim contractus propriam parit actionem. *l. 1. 2. & 3. ff. de præscript.*

verb. Sed ex hoc jurejurando nulla propria datur actio, sed ea, quam negocium, de quo juratum est, parit, *l. si duo. 13. §. si quis juraverit, & §. Marcellus. ff. de jurejur.* Et si judiciale fuerit jusjurandum, non secuta judicis sententia, similiter vetus actio locum habet: verùm ea sententia secuta, si reus solvere nolit, jure prætorio ad similitudinem judicati in factum actio competit. *l. actori. 8. C. de reb. cred.* quæ dicitur utilis actio *in l. sed si. 11. § fin. & l. si duo. 13. §. Iulianus, ff. de jurejur.* respectu scilicet directæ actionis judicati.

Sed consideremus ordine contractus, qui re fiunt, & primò dispiciemus de mutuo. Mutuum (*a*) est contractus, (*b*) re initus, (*c*) quo pars contrahentium una rem, quæ usu consumitur, (*d*) ut quæ numero, vel mensura constat, (*e*) utendam, (*f*) & absumendam (*g*) dat (*h*) alteri parti, ad quantitatem, (*i*) hac lege, ut ejus rei idem genus, (*k*) eademque quantitas (*l*) aliquando (*m*) reddatur. (*n*) Id quod etiam fieri intelligitur, si tantùm dicatur, rem dari mutuò, & accipi hoc nomine. (*o*)

a] De multiplici nominis mutui significatione vide Cujac *in Comment. in lib 28 Pauli ad edict. pag. 22.* Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 8. t. 1.* Amplissi. Dn Betold. *tr. de mutuo c. 1.* [b] *§. ex hoc jure gentium. Inst. de jur. nat. gent. & civil.* Quia autem contractus est conventio, id est, consensus in idem, sequitur, mutuum non contrahi, si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, *l. si ego 18. in pr.* ubi Donell. *ff. de reb. cred.* [c] *l. 1. §. re contrahitur. ff. de oblig. & act. l. 2. § creditum ergò, vers. item mutuum. l. qui pecuniam, 30. ff. de reb. cred. l. si tibi decem, 17. in pr. ff. de pact. pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* [d] *ut loquitur Ulpianus IC. in l 3. §. fin. ff. commod.* [e] *§. 1. Inst. quib. modis re contrah. oblig. l. 2. §. 1. ff. de rebus cred. d. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & action.* vide Vultei. *discept. scholast. c. 14.* [f] Hac nota, quæ continet finem hujus contractus, distinguitur mutuum à donatione, indebiti solutione, permutatione, itemque venditione. Donell. *lib. 14. Comment. c. 1. pag. 217.* Et hinc mutuum dare nostra lingua dicitur leyhen. [g] Hac voce separamus mutuum à commodato, depositi, pignore, itemque venditione, sub pacto de retrovendendo facta. Nam & hujusmodi contractus fieri possunt de rebus, quæ pondere, numero, vel mensura constant, *l. si ego, 18. §. fin. ff. de rebus credit. & d. l. 3. §. ult. ff. commod. l. quod sæpè. 35. §. in his ff. de contrah. empt.* [h] Dare est dominum transferre. *§. sic itaque disceretis Inst. de actio.* & in mutuo transferendum est dominium. *d. l. 2. § appellata, ff. de rebus cred. §. & quoniam. Inst. quibus modis re contrah. oblig.* [i] *l. si non singula. 5. ibi, accepta mutua quantitate.*

C. si

C. si cert. pet. d. §. 1. vers. quas res. Inst. quibus modis re contrah. oblig. Aliud est corpus, aliud quantitas: siquidem hæc in jure nostro opponantur, *ut in l. 1. §. & omne, 7. ff. ad l. Falcid. l. planè 34. §. sed si non corpus, ff. de leg. 1. l. si is cui. 94. §. 1. ibi, non corpora cogiter, sed quantitatem. ff. de solut. & corpus alias species dicitur. d. l. planè 34. §. sed si pondus. 5. ff. de leg. 1.* Differunt autem corpus sive species, & quantitas, ut subjectum & adjunctum, sive ut substantia, & accidens, uti arguit *d. l. si is. 94 §. 1. ff. de solut. l. cum hi, 8. §. modus quoque, ff. de transactio. l. triticum 94. ff. de verbor. obligat. l. si fundum, 55. ff. mandati. l. 3. §. 4. quid si ita ff. de ann. leg.* (k) *d. §. & quoniam, Inst. quibus modis re contrah. obligat. d. l. 2. in princ. & §. 1. ff. de rebus credit.* (l) *dict. leg. si tibi decem, 17. in princip. ff. de pact. & l. rogasti. 11. §. 1. ff. de rebus credit.* Unde intelligitur mutuum esse sua natura gratuitum. (m) Vide Molinæum *de usur. quæst. 2. nu. 82. pag. 80.* Iason. *in l. si pœnam. 68. nu. 7. ff. de verbor. obligat.* & Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 2. centur. 1. cas. 22. num. 4.* & Cujac. *in Comment. in lib 28. Pauli ad edict. pag. 27.* Fachin. *lib. 2. controvers. jur. cap. 51.* (n) *dict. §. & quoniam. ibi, redduntur. Instit. quibus modis re contrah. oblig.* (o) *l. 3. l. lecta. 40. ff. de rebus credit.* Donell. *libr. 14. Commentar. cap. 1. pag. 217. lin. 34. & seq.*

Dicitur autem mutuum non à mutatione, (a) neque ex eo solo, quod ex meo tuum fit: (b) sed quod ex meo tuum, & vicissim ex tuo sit meum, in re scilicet ejusdem generis. (c) 7

a) Ita tamen voluit Cujacius *lib. 11. observat. 37. & in d. Comment. in libr. 28. Pauli ad edict. pag. 28.* Sed hinc & permutatio esset mutuum, (b) ut voluisse videtur Paulus IC. *in d. l. 2. §. appellata, ff. de rebus credit.* & Iustinian. Imper. *in d. §. & quoniam. Instit. quibus modis re contrah. oblig.* Sed eam notationem ridiculam esse, putat Donell. *in d. l. 2 §. appellata, ff. de rebus credit.* (c) Donell. *prox. alleg. loc. & libr. 14. Comment. cap. 1. pag. 217.* Sed Paulus IC. & Imp. Iustinian. fortè istæc verba sua reciprocè intellexerunt, Borcholt. *ad dict. tit. Inst. in princ.* Cramer. *discept. 16. thes. 1.* Kizel. *in Exeges. de oblig. mutui cap. 1. num 3. & seqq.*

Mutui divisionem, quâ illud Interpp. diducunt in civile tantùm, in naturale tantùm, in civile & naturale, ut ineptam, planè rejicimus. 8

Argum. §. Ius autem gentium, vers. ex hoc jure. Instit. de jure natural. gent. & civil. l. 5. ff. de justit. & jur. l. jurisgentium. 7. §. 1. ff. de pact. vide Molin. *tract. de usur. quæst. 84. num. 654.* Matthiam Stephan. *cent. 3. quæstion. 22* Treutler. *vol. 1. disput. 20. thes. 1.* & Vigli. *in l. 2. num. 118. ff. de reb. credit.* adde Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 8. tit. 2.*

9 Porrò mutuum duo generaliter afficiunt: ipsa mutui datio, & obligatio, quæ ex mutui datione nascitur.

10 In mutui datione triplex inspectio incurrit: una personæ, quæ dare, quæ item accipere mutuum potest: altera rei, quæ mutuò datur & accipitur: tertia de modo dandi & accipiendi mutuum.

11 Mutuum dare potest Dominus, qui suarum rerum administrationem habet. (a) Vnde fur, vel quis alius, rem alienam mutuam dando, nihil agit, (b) nisi ipsum mutuum in stipulationem deduxerit. (c)

a) *Dict. l. 2. §. penult. ff. de reb. cred.* (b) *l. rogasti. 11. §. fin. & l. nam etsi fur. 13. in princ. & §. seq ff. d. t.* (c) *l. si quis. 56. §. si nummos alienos, ff. de fidejuss. facit. l. si ex precio. 6. C. si cert. petat.* Siquidem nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet. *l. 54. ff. de regul. jur.*

12 Neque potest dare mutuum pupillus sine tutore suo, (a) neque furiosus, (b) neque prodigus. (c)

a) *l. Non omnis. 19. § si pupillus. ff. de reb. cred. l. 3. §. in pupillo autem. ff. ad SC. Maced. §. nunc admonendi. Inst. quibus alien lic. vel non.* (b) *l. si à furioso. 12. ff. de reb. credit. l. si à furioso. 24. ff. de oblig. & act.* (c) *l. certi, 9. §. sed etsi. ff. de reb. cred. l. furiosi. 40. ff. de Reg. Iur.*

13 Si tamen fur aut quis alius, alienam, vel pupillus propriam sine tutore suo crediderit alicui pecuniam, eaque bona fide consumpta sit ab accipiente, utilitatis causa receptum est, ut concilietur mutuum. (a) Quod etiam conciliatur, si usucapione acquisitum sit ejus pecuniæ dominium. (b)

a) *l. Si à furioso. 12. vers. ult. & l. seq. in princ. & §. 1. l. non omnis. 19. in fin. ff. de reb. cred. l. si quis. 56. §. si nummos. ff. de fidejuss. l. pater filiæ. 81. ff. de jur. dot.* Cujac. *in Comment. in lib. 32. Pauli ad edict. pag. 198.* Vultejus *ad. princ. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. num. 9.* Borcholt. *de mutuo. c. 2.* Dissentiunt aliqui, *per l. rogasti. 11. §. fin. ff. de reb. cred.* (b) *arg. l. si alienam. 13. in pr ff. de mort. caus. donat. & l. indebiti 15. §. 1. ff. de cond. indeb.*

14 Filiusfamilias, ut & servus, si liberam peculii administrationem habeant, mutuum dare possunt: (a) nisi in casu, quo filiofam. credere volunt (b)

a) *l. 2. §. penult. & l. rogasti. 11. in f. vers. & quidem si servus, ff. de reb. cred.* [b] *l. 31. §. si filiusfam. crediderit. ff. ad SC. Maced.*

15 Quin etiam quilibet regulariter filiofamil. mutuam inutiliter dat pecuniam; neque in fraudem SC. Macedoniani quisquam alium inire contractum cum filiofam. potest.

Tot. tit. ff. ad SC. Maced. vide inprimis Donell. *lib. 12. Comment. jur. civil. cap. 24. & seqq.* ubi eleganter hanc materiam explicat. Mantica *de tacit. & ambig. convention. lib. 8. tit. 7.*

Quod

Quod si tamen filiusfam. ab aliquo mutuatus pecuniam, solvat 16
suo non mutuæ pecuniæ creditori, pater eam quidem extantem vindicare [a] potest, at bona fide consumptam condicere nequit: [b] licet nummos filiofamil. simpliciter donatos, & ab eo solutos illi, à quo contra SC. mutuam pecuniam acceperat, pater, ex omni eventu, id est, extantes & consumptos, etiam bona fide, repetat, & illos quidem vindicando, [c] hos condicendo. [d]

a) *l. Si filiusfam. 14. ff. de reb. credit.* Cùm enim filiusfam. pecuniam, ut quæ in patris venerat dominium, §. *igitur liberi, Inst. per quas pers. cuique acq.* alienare non potuerit. *l. nemo plus juris 54. ff. de regul. jur.* proindeque pater dominus illius pecuniæ manserit, certè eam vindicat extantem, *l. 3. §. si filiusfamil. vers. & ideo vindicantem. ff. ad Senatusconsultum Macedon. l. in rem 23. in princ. ff. de rei vind. l. actionum. 25. ff. de obligat. & actio.* (b) *d. l. si filiusfam 14. vers. sed si fuerint consumpti. ff. de reb. cred.* ubi duæ definitionis rationes adferuntur, quibus & hæc addi potest, quod pater creditori filii sui de peculio tenetur, hoc scilicet casu nostro, quo ex alia, quam pecuniæ mutuæ causa filiusfam. ei quid debet. §. *is quoque junct. §. quæ diximus de servo. 6. Inst. quod cuiveo, qui in alpotest. & tot. tit. ff. de pecul.* & filiusfam. ex omni negotio, excepta mutuæ pecuniæ causa, efficaciter obligatur, *l. 3. § is autem, 3. ff. ad SC. Maced. & l. filiusfam 39. ff. de obligat. & actio. l. tam ex contractibus. 57 ff. de judic.* Dn. D. Besold. *part. 2. delibat. ad lib. 14. ff. quæst. 4.* (c) *d. l. 3. §. si filiusfamil. & l. sed si paterfamil. 9. §. 1. ibi, alienationem eorum filium non habuisse, ff. ad SC. Maced. d. l. 23. ff. de rei vind. & d. l. actionum. 25. ff. de oblig. & act.* Cùm igitur manserint illi nummi patris, eos extantes non condicere, sed vindicare potest. § *Sic itaque discreta. 14. Instit. de act.* §. *nunc admonendi. 2. Instit. quib. alienar. lic. vel non.* (d) *d. l. sed si paterfam. 9. §. 1. ff. ad SC. Macedon. fac. dict.* §. *nunc admonendi, 2. Instit. quib. alien. lic. vel non* vide Cujacium *lib. 14. observat. cap. 35.* & Donell. *ad d. l. 14. ff. de reb. credit. & d. libr. 12. Commentar. cap. 28. pag. 114. in fin. & pag. seq.*

Sed an idem hodie etiam procedat in peculio adventitio, quod in- 17
pondere, numero, vel mensura consistit, ita ut si filiusfam. illud creditori, à quo contra SC. mutuam accepit pecuniam, in solutum det, pater repetitionem ejus habeat, non immeritò quæritur? Et nos patri non competere ejus peculii repetitionem putamus.

Est enim hoc peculium pleno jure filiifamilias. Quippe cùm usufructus earum rerum, quæ usu consumuntur, non nisi testamento vel codicillis constitui possit. §. *constituitur. 2. vers. sed utilitatum causâ. Instit. de usufr. l. ususfructus, 69. ff. ad l. Falcid. l. 1. §. ususfructus legari, l. 2. ibi,*

ususfructus legatus erat, l. 3. §. ususfructus legari poterit. item, Ibi, posse legari, & tot. tit. ff de usufr. earum rerum, quæ usu consum. & quod usumfructum hujus peculii pater non habeat, etiam hinc patet, quod pater adventitium peculium alienare prohibetur, *l. cùm oportet. 6. §. non autem hypothecam. C. de bon. quæ lib.* at rerum quæ pondere, numero, vel mensura constant, sine alienatione ususfructus nullus est. Quemadmodum ergò crediti ex castrensi, & quasi castrensi peculio soluti, repetitio patri non competit. *l. 1. in fin ff. ad SC. Maced. & l. ult. §. fin autem miles, C d. tit.* ita nec crediti, ex adventitio peculio, quod usu consumitur, soluti, repetitio patri conceditur. Dissentit Donell. *ad l. 2. §. creditum ergò, n 3. ff. de reb cred. & lib. 12. Comment. c 28. pag. 115. in princ.*

18 Pupillus infantiæ proximus, sine tutore suo mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem naturaliter obligatur, [a] nisi locupletior inde factus probetur. [b] Pubertati autem proximus, absque tutoris sui authoritate mutuos sumendo nummos, naturaliter tantùm obligatur, etiamsi non sit factus locupletior: [c] at locupletior factus ex rescripto D. Pii etiam civiliter obligatur. [d]

a] *l. Pupillus. 59. ff. de oblig. & act. l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indeb. l. in causa cognitione, 16. in pr. ff. de minor.* [b] *l. naturaliter. 13. in fin. & seq. ff. de condict. indeb. l. jure naturæ. 206. ff. de R. I. l. planè. 38. ff de pet. hered.* [c] *l. cùm illud, 25. §. 1. ff. quand. dies legat. cedat. l. si pupillus, 127. ff. de verb. oblig. l. Stichum 95. §. aditio. ff. de solut. l. 1. in fin. ff. de novat.* [d] *l. 3. §. pupillus sanè. ff. de negot. gest. l. 3. in pr. ff. commod. l. pupillus. 5. in pr. ff. de author. tut.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 8. t. 5. nu. 5. & seq.* Gœdd. *d. contrab. stipulat. c. 7. concl. 12. nu. 212. & seqq.* Vulteius *disceptat. scholastic c. 16.* Dn. D. Besold. *tr. de mutuo. c. 17.* Philipp. Matthæi. *ad l. 5. ff. d. reg. jur. n. 20.*

19 Neque obligatur pubes minor, si absque curatoris sui consensu mutuam acceperit pecuniam, [a] nisi in quantum locupletior factus fuerit. [b]

a] *l. Si curatorem. 3. C. de restit. integ. min.* [b] *l. 1. & 2. C. si adverf. cred.* Quid verò si minor nobilis absque curatoris consensu mutuo accipiat pecuniam, & contractum juramento firmet, an sit in integrum restituendus: & quibus remediis ipsi subveniatur. vide Dn. D. Besold. *vol. 2. conf. 26.*

20 Civitatum administratores, si mutuam accipiant pecuniam, ipsimet tenentur, non civitates, nisi in harum utilitatem accepta, & versa sit ea pecunia.

l. Civitas, 27. ff de reb. cred. & Nov. 120. c. 6. in fin Henning. Gœden. *consil. 34. num. 16.* Hartm. Pistor. *lib. 1. quæst. jur. quæst. 37. num. 52. & seqq.*

Digitized by Google

seqq. vide Bald. *in l. si pupilli. 6. §. item si procuratori tuo. ff. de neg. gest.* Mantic. *dict. tract. lib. 8. t. 12.* Vbi ostendit *t. seq.* quando creditor non debeat probare pecuniam versam fuisse in utilitatem civitatis, vel Ecclesiæ. Quibus conjecturis & præsumptionibus probetur pecuniam versam esse in civitatis utilitatem demonstrat Mantica. *d. lib. 8. t. 14.* Vide tamen Menoch. *de arbitr. judic. quæstion. lib. 2. cas. 432. num. 35.* Mascard. *de probat. vol. 3. concl. 116. n. 10.* Fachin. *lib. 2. controv. 76.* Dn. D. Besold. *vol. 2. cons. 26.* 21

Res quæ mutuo dari, & accipi potest, ea est, quæ pondere, numero, vel mensura constat, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, æs, argentum, aurum.

§. 1. Inst. quibus modis re contrah. oblig. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. l. 1. §. re contrahitur, ff. de oblig. & act. An mutuum contractum intelligatur si eadem species reddatur. vide Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 8. t. 4.*

In corpora eatenus etiam mutuum cadit, quatenus dantur ut quan- 22
titas, veluti si grex detur ad numerum, ut totidem capita reddantur; [a] vel si detur panis certi ponderis, ut alius ejusdem ponderis reddatur panis: vel si ad quantitatem dentur pisces, liber papyraceus, aut lignum. [b]

a] *l. Quod sapè. 35. §. in iis. ff. de contrah. empt. & vend.* [b] Nam & hæ res appendi vel mensurari solent, ut ostendit Cujac. *lib. 11. obs. c. 37. & in Comment. in lib. 28. Pauli ad edictum pag. 23.* Et cum nummi interdum accipiantur quasi corpora, non quasi res, quæ numero continentur. *l. 3. §. ult. ff. commod. l. si certos. 37. ff de V. O. l. sed si certos. 51. ff. de leg. 1.* non etiam similiter corpora poterunt tanquam quantitas accipi, modò tamen ejusmodi sint, quæ in genere suo per solutionem recipiant functionem Treutl. *vol. 1 disp. 20. thes. 1. lit. F.* Forster. *lib. 3. disp. 16. thes. 15.*

Sequitur modus dandi & accipiendi mutuum: qui concernit par- 23
tim substantiam, partim adjunctam qualitatem mutui.

Modus qui substantiam mutui concernit, vel communis est, id est, 24
communibus mutui regulis congruit; vel est singularis.

l. Singularia. 15. ff. de reb. cred.

Communis est modus, cum ipsa pecunia mutua ab ejus domi- 25
no, ipsam suo nomine dante, rectà proficiscitur ad accipientem mutuatarium.

l. 2. §. Creditum ergò. 3. vers. item mutuum non potest esse. & §. seq. ff. dict. tit.

Singularis (*a*) mutuum dandi modus est, si nummos meos tuo 26
nomine alicui dedero, vel tuos absente te, & ignorante: Qua mutui datione tibi, non mihi, directa certi condictio acquiritur. (*b*)

a] Nam

Digitized by Google

a] Nam secundum juris regulas, qui alterius nomine contrahit, neque alii, neque sibi actionem acquirit; dum quam sibi non vult, alii non potest. *l. multum, 6. vers. si verò ab initio C. si quis alt. vel sibi. l. si genero. 26. ibi, nec sibi cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure. C. de jur. dot. l. quæcunque geremus, 11. ff de oblig. & action l. si ita stipulatus, 126. §. Chrysogonus, vers. per liberam personam, ff. de verb. oblig.* (b) *l. 2. §. penult. vers. id enim tale est, & l. certi, 9. §. si nummos,* ubi Donellus, *ff. de rebus creditis.* Kizel. *in Exegesi de mutuo c. 6. n. 8. & seqq.*

27 Quod si tamen reprobes ejusmodi nomen, ipsemet vel mandatis actionibus, vel cessante mandato, condictione certi ex mutuo adversus mutuatarium experiri potero.

l. 4. C. si cert. petat.

28 Est & ille singularis mutuum dandi modus, si mea pecunia apud te deposita, tibi roganti mutuum, uti permittam: (a) ut & si convenerit inter nos, ut pecuniam, quam ex causa mandati mihi debes, eam crediti nomine retineas: (b) tum etiam, si tibi, roganti mutuum, debitorem meum pecuniam mihi debitam dare jussero. (c)

a] *l. Certi. 9. §. ult. ibi, quasi mutua.* ubi vide Donell. *ff. de rebus credit. l. qui negotia, 34. in pr. vers. nec huic simile esse, ff. mand.* vide Molin. *in tract. de usur. quæst. 83. pag. 630. & seq* obstare videtur *l. quod si 10. ff. de reb. credit.* Sed vide Kizel. *d. tract. cap. 6. num. 14. & seq.* (b) *d. l. singularia, 15. vers. quod igitur in duabus personis, ff. de reb. credit. Atque hoc modo manu longa mihi absentata, & tibi à me reddita pecunia existimanda est. l. si pecuniam. 79. ff. de solut.* (c) *d. l. singularia. 15, in princ. ff. d. t. & d. l. qui negocia. 34. in princ. vers. item quod, ibi, id enim benignè receptum est, ff. mand.* & hoc modo credendum est, brevi manu acceptam pecuniam à debitore, & mutuatario datam esse. *l. licet soleat. 43. §. 1. ff. de jur. dot.* Sed de his mutuum dandi modis vide Duaren. *ad tit. C. si cert. pet. cap. 2.* Connan. *lib. 7. Comment. cap. 1.* Molinæum *in tractat. de usur. quæstion. 84. pag. 643 & seqq.* Coral. *lib. 6. miscellan. cap. 16.* Donellum *ad d. l. singularia. 15. ff. de rebus creditis*, & Cujacium *in tract. ad African. 8. mihi pag. 475. & seqq. libr. 8. observ. cap. 8. item* Robert. Aurel. *libr. 2. sentent. cap. 4.* Anton. Faber. *lib. 1. conject. cap 18. & lib. 3. cap. 19.* Kizel. *in exegesi de oblig. mutui cap. 6. num. 30.*

29 Similiter & hic dandi mutuum singulariter receptus est modus, si tibi mutuos roganti nummos, lancem, vel auri aut argenti massam tradam, ut eam vendas, & nummis utaris, tuque eam vendas.

l. Rogasti, 11 in princip. ff. de rebus credit. Sed dispice, an obstet. *d. l. qui negocia, 34. in princip. vers. his argumentum esse, ff. mand.* Vide Cujacium *alleg. locis*, ut & Robert. *d. lib. 2. cap. 5.* Donell. *in dict. l. rogasti. 11. ff. de*

Digitized by Google

ff. de rebus credit. Molin. *quæst. 84. pag. 653. & seq.* Pacius *cent 3. tract. 9. assert. 67.*

Quod si tamen lanx illa, aut auri vel argenti massa casu perierit, antequam venderetur, accipientis periculo eam periisse putandum est, nisi ipsam tradens prius etiam venalem habuerit. 30

l. 4. In princip. & dict. l. rogasti in princip. vers. quod si lancem ff de rebus creditis, d. l. qui negocia. 34. in princ. vers. his argumentum, ibi, & tamen pecuniam, ff. mandat.

Cæterum modus dandi & accipiendi mutuum, adjunctam mutui qualitatem concernens, hic est, quod mutuum datur quandoque gratis, quandoque verò sub usuris. 31

l. Lecta, 40. ff. de reb. credit. l. debitor. 7. l. pecunia. 9. l. Gajus, 11. l. Sejamutuam. 12. l. cum quidam. 17. l. etiam. 30. ff. de usur.

Sua quidem naturâ mutuum est gratuitum, (*a*) verùm stipulatione mutuo adjectâ effici potest, ut propter usum pecuniæ mutuæ licitas usuras mutuatarius præstet. (*b*) 32

a) *l. Usura pecuniæ, 121. ff. de verb. signif. l. si tibi decem, 17. in princ. ff. de pact.* (b) *l. 3. C. de usur. l. Titius Sempronio. 24. ff. de præscript. verb. l. idemq. 10. §. si quis Titio. 4. ff. mand.* An & quando contractus præsumatur tœneratitius tradit Mantica. *de tacit. & ambig. convention. lib. 8. tit. 17. & tit. seqq.*

Si vinum, oleum, frumentum, (*a*) vel à civitate, (*b*) aut argentariis, (*c*) pecunia alicui credatur, etiam nudo pacto promissæ usuræ debentur: ut & si trajectitia (*d*) pecunia mutuetur. Aliàs verò nudum pactum mutuo, ut stricti juris negocio, etiam in continenti adjectum, ad actionem Iure Civili scripto, inefficax est. (*e*) 33

a) *l. Frumenti. 12. C. de usur. vide hac classf. disput. 2. thes. 42. ubi citati, &c.* (b) l. etiam. *30. ff. d. t.* (c) *Novell. 136. cap. 4.* (d) *l. 5. §. ult. & l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fœnor.* [e] *l. si tibi decem. 17 in princ. ff. de pact. d. l. rogasti. 11. § si tibi dedero ff. de reb. credit.*

Est & hic ejusmodi modus, quo mutuum datur vel purè, vel ad certum usque definitum tempus. (*a*) Et licet purè detur, congruum tamen spacium ex qualitate personarum, & negocii, cujus causa mutuum accipitur, tacitè inest, (*b*) de quo judex statuere & arbitrari debet. (*c*) 34

a) *l. Proinde. 8. & d. l. lecta. 40. ff. de reb. cred.* (b) ut adductis in hanc sententiam aliorum authoritatibus tradit Carol. Molin *in tract. de usur. quæst. 2. num. 82. pag. 80. & seq.* Fürstenthumbs Würtemberg Landrecht. *part. 184.* Wie geliehen Gelt oder Gut gefordert vnnd bezahlt werden soll / *pag. 184.* [c] Iason. *in l. si pœnam, num. 17. ff de verb. oblig.* Menoch.

Digitized by Google

de arbitr. jud. lib. 2. cent. 1. cas. 22. num. 4. Fürstenthumb Würtenberg Landtrecht / *d. loco.* Kizel. *in Exegef. mutui. cap. 6. num. 47.*

35 Sed quæritur in diem quod debetur, an creditori invito ante diem rectè solvatur? Id quod nos haud levi argumentorum pondere moti negandum putamus.

l. Si soluturus, 39. vers. quid enim si oportuno. & l. creditor 102. in princ. l 137. §. 2 ff. de solut. l. 2. §. Idem Iulianus. 7. & l. is qui certo. 9. ff. de eo quod cert. loc. l. item illa. 18 in princ ff. de constit. pecun. l. qui Roma. 122. ff. d. verb. oblig. l sed etsi ante. 10. ff. ad Senatusconf. Trebell. Æmil. Ferret. & Cujac. *in l. stipulatio ista haberelicere, 38. §. inter incertam. 16 ff. de verb. oblig.* idem Cujac. *lib. 23. cap. 22.* Borcholt. *de verbor. obligat. cap. 6. numer. 35.* Dissentit Bart. & eum secutus Iohan. Coras. *in dict. l. stipulatio ista. 39. §. inter incertam, ff. d. tit.* & Donell. *in l. eum qui Calendis. ff. eod. tit.* Item Anton. Faber. *lib. 1. conject. Iur. Civil. cap. 1.* Statutum quoque Wirttembergicum *suprà d. loc. definit.* Daß der Schuldner mag vor dem Ziehl wol zahlen/ wann er will/ welches auch der Leyher anzunemmen schuldig/ adde dissentientes Gœdd. *ad l. ut si cui. 12. §. 1. num 5. ff. de verbor. signif. num. 5.* Gomez. *tom. 2. variar. resol. cap. 11. num. 22.* Arum. *de mora. c. 7. n. 9. & Exercit. Iustin. 16. thes. 3.*

36 Denique hic ejusdem est generis modus dandi, & accipiendi mutuum, quo ipsum mutuum in stipulationem deducitur. Quod si tamen in continenti fiat, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum. Planè si præcedat numeratio, sequatur stipulatio: non est dicendum, recessum à naturali obligatione.

l. Si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus, vers. superest, ut quæramus, ff. de verborum obligat.

37 Hactenus de mutui datione: restat obligatio, quæ ex mutui datione nascitur; in qua spectamus, tum debitum, ad quod solvendum qui mutuum accepit obligatus est, tum actionem, quâ debitum ejusmodi persequi possumus.

38 Debitum illud est redditio rei creditæ, in eodem genere, sive natura eadem, item quantitate, & bonitate sive qualitate, quamvis nominatim ut res æquè bona redderetur, cautum non fuerit.

Princ. verfic. & quoniam. Inst. quib. mod. re contrab. obligat. l 2. in pr. & §. 1. & l. 2. ff. de reb. credit. l. 1. §. re contrahitur. ff. de obligat. & action. l. eum à quo. 16 C. de solut. de eadem quantitate reddenda, est quoque *text. in l. rogasti, 11. § si tibi decem. ff. de reb. credit. & l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pactis.*

39 Quocirca si certum auri vel argenti pondus mutuo datum sit, non cogitur creditor aureos accipere nummos, quos debitor offert, sed in massa auri vel argenti redditio fieri debet. *l. 2. §. 1.*

l. 2. §. 1. vers. nam in cæteris. ff. de rebus credit. l. manifesti. 17. C. de solut. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. vini autem. ff. de verbor. obligat. Cujac. *ad Novell. 4. cap. 3. pag. 51. & in Commentar. in lib. 28. Pauli ad edictum, pag. 26.* ubi ad contrarias leges, quibus motus Donell. dissentit, *ad l. 3. num. 11. ff. de reb. credit.* & Hotoman. *d. lib. quæst. illustr. quæst. 15.* respondet.

Quod si tamen post hunc contractum convenerit inter creditorem 40
& debitorem, ut pro mutua pecunia vinum, vel res alia diversæ naturæ redderetur, negocii illius gesti pœnitentia contractum, rectè habitum, non constituit irritum.

l. Eo quod. 10. C. si cert. petatur.

Potest quoque consentienti creditori pro mutua pecunia res alia 41
solvi.

l. Successores, 10. dict. l. eum à quo. 16. l. manifesti. 17. & l. penult. Cod. de solut.

Si quoque debitor ejusdem generis & naturæ rem haud reddere 42
possit creditori, necessitatis ratione rem diversi generis rectè, etiam invito creditori, solvere potest, veluti pro aureis, fundum, pro pecunia, oleum.

Novell. 4. cap. 3. ubi Cujacius.

Unde quæritur, cujus temporis in judicio fieri æstimatio debeat? 43
Et placet Sabini & Iuliani sententia, si dictum sit, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset: si non, quanti tunc, cum petitum esset creditum.

l. Vinum 22. ff. de reb. cred. l. ult. ff. de cond. tritic. l. Rutilia. 69. ff. de contrab. emption. & c. cum Canonic. 26. extr. de censib. Sed huic definitioni variæ ll. obstare videntur, de quibus vide inprimis Donell. *in d. l. vinum 22.* Hotom. *libr. quæst. illustr. c. 16.* Duar. *ad t. C. si cert. pet. cap. 8.* item Cujac. *in tract. 8 ad Afric. in explicat. l hominem certum 37. ff. mand. & in l. quotiens in diem 39. ff. de verb. oblig. & in Comment. in lib. 2. definit. Papin. pag. 645.* vid. allegatos à Dn. D. Harpprecht. *disp. 2. ad Inst. th. 16. part. 2.*

Et quia res ejusdem etiam qualitatis & boniratis reddenda est, pro 44
vetere vino bono reddi novum deterius non potest, neque pro novo defœcato aliud novum nondum defœcatum vinum.

l. 3. Vbi præter Vigl. & alios vide inprimis Donell. *ff. de reb. cred.* Quod autem vetus sit vinum, vide *l. vetus 11. & l. seq. ff. de trit. vin. oleo leg.* & Donell. *add. l. 3. in fin.* pacto tamen effici potest, ut pro vino veteri proxima vindemia mustum reddatur, ut post alios respondit Menoch. *cons. 37. n. 27.*

45 Neque si certa aureorum summa data sit mutua, argentei nummi invito creditori sunt reddendi: nisi debitor ad restitutionem aureorum non sit idoneus: [a] alterius tamen formæ aureos creditor accipere tenetur: nisi ex eadem re damnum aliquod passurus sit. [b]

a) *Novell. 4. c. 3.* & ibi Cujac. *mihi pag. 50. & d. vers. & quoniam, ibi, sed ita ejusdem naturæ & qualitatis, Inst. quib. mod. re contrah. obligat. l. 3. ff. de reb. cred.* facit. *l. un. C. de collat. aris & l. un. C. de arg. prec. lib. 10.* Coler. *de proceff. execut. part. 1. c. 10. num. 7.* Boer. *dec. 327.* Fachin. *lib. 2. controv. 50.* Cujac. *ad l. quotiens. 59. in fin. ff. de verb. oblig. & in Comment. in lib. 28. Pauli ad edict. pag. 25. & seq.* Sed idem Cujac. dissentire videtur *in l. quæ extrinsecus 65. ff. de verb. oblig.* Dissentit item Hotomann. *lib. quæst. illustr. c. 15.* item Donell. *ad l. 3. num. 10. ff. de reb. cred.* (b) *l. creditorem 99. alias debitorem, ff. de solut. l. 1. Cod. de vet. numismat. pot. lib. 11. & c. olim. extr. de censib.* vide meum tractat. *de regalib. cap. 2. numer. 229. & seq.*

46 Si tamen creditor aureos, aliis nummis, putà florenis, assibus, vel denariis æstimatos, dederit mutuos, in arbitrio est debitoris vel aureos solvere, vel alios nummos, usque ad concurrentem quantitatem sive æstimationem aureorum qui dati sunt.

l. Plerunque 10. §. ult. ff. de jur. dotium. Cujac. *ad Novell. 4. cap. 3. mihi pag. 51. & ad d. l. quotiens 59. in fin. ff. de verb. oblig. & in Comment. in lib. 28. Pauli ad Edictum. pag. 26.*

47 Hinc si ejusdem generis aurei, vel thaleri, qui dati sunt ad numerum, non æstimati, à tempore contractus æstimatione sive potestate & valore, vel aucti, vel deminuti sint, totidem aurei vel thaleri, quot dati sunt, reddi debent, sive creverint, sive decreverint: si verò æstimati aurei vel thaleri fuerint dati, in reddendo debito spectanda est nummorum æstimatio, & summa quæ data fuit, & reddenda est æstimata summa, etiamsi decreverint aurei vel thaleri: creditor quoque eam accipere summam tenetur, licet creverit aureorum vel thaleorum valor.

l. 2. Vbi Cujac. *C. de veter. numismat. potestat. lib. 11.* facit. *l. vinum 22. ff. de rebus credit. & d. l. quæ extrinsecus 65. §. 1. ff. de verb. obligat.* Cujac. *ad d. Novell. 4. c. 3. & ad d. l. quotiens. 59. in fin. ff. de verb. oblig. & in Comment. in lib. 28. Pauli ad Edict. pag. 25.* Scribit idem Donell. de casu priore *ad d. l. 3. num. 11. & 12. ff. de reb. cred.* De hac quæstione vide quoque Mynsing. *cent. 4. obs. 1.* Molin. *tract. de usur. quæst. 92. num. 693. & seqq. & num. 707.* Schurpff. *consil. 10. cent. 1.* Cravettam *consil. 47. nu. 6.* Fachinæum. *lib. 2. controv. 10.* Coras. *lib. 4. miscell. c. 13. num. 5.* & novissime Excellentiss. Dn. D. Besold. *vol. 2. conf. 81. & vol 3. conf. 99.* Ant. Gabriel. *Rom. lib. 3. commun. concl. concl. 2.* Tiraq. *de retract. lignag. §. 1. in verb.*

verb. lepriſq; lachoſe, gl. 18. num. 26. & 27. Vaſqu. *lib. 1. controverſ. illuſtr. c. 2. n. 7.* Hotom. *lib. quæſt. illuſtr. qu. 15.* & Ioh. Borcholt. *in ſingul. explic. 1. 56. quæ ſint regalia, n. 62. lib. 2. feud.*

Non licet tamen debitori, cui groſſa data eſt pecunia, creditori invito ſolvere parvam ſive minutam monetam.

Arg. l. 3 ff. de reb. cred. & §. & quoniam, Inſt. quib. modò re contrah. oblig. d. l. 1. C. de veter. numiſmat. poteſt. lib. 11. textus eſt in Ferdinandi Imp. conſtit. de nova monetarum ordinatione, promulgata Auguſtæ, Anno 1559. Verba illius conſtitutionis, pag. 231 fac. 2. §. Die jetztgemelten *hac ſunt:* Die jetztgemelten gemeine Reichsmünzen / ſollen alſo von männiglichen im Reich in kauffen vnd verkauffen / vnd ſonſten in bezahlung / biß auff den ein Kreutzerer *inclusivè* für werſchafft / wie obſtehet / außgeben / vnd genommen werden / doch was vnder den fünff Kreutzerern / ſoll niemand verbunden ſein / ſolcher Müntz vber 25. Gulden / in bezahlung vnnd für werſchafft zunemmen. Aber was hievor auffgetheidingt vnd verſchrieben iſt / dergleichen was hinfüro in Gült verſchrieben / vnd dermaſſen *paciſcirt* / vnd angedingt würdt / ſampt andern bezahlungen / ſo nach der Gewonheit mit Gold bezahlt ſein worden / denen ſoll hiemit nichts benommen / ſondern in allweg vorbehalten ſein. Eandem hanc ſententiam contra alios defendit Matthias Colerus *in tract. de proceſſib. executivis, part. 1. c. 10. nu. 7. & ſeq. pag. 282. & ſeq.*

Actio autem, qua debitum, ex mutuo ſolvendum, perſequi poſſumus, vocatur actio mutui. (a) Eadem etiam dicitur certi condictio, (b) item actio ſi certum petetur: (c) & actio creditæ pecuniæ (d) non tamen quod hæ duæ actiones propriæ ſint mutuo, ſed quod ex omni cauſa, ex qua certum debetur, competant. (e) 42

a) *l. Neque mutui 5. C. quib. non obiic. long. temp.* (b) *§. & quoniam, 3. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* (c) *l. 1. in pr. ff. de condict. tritic. l. 1. ff. de interrog. in jur. faciend. d. l. pen. in fin. ff. de inſt. l. action reſcriptum. 12. §. 1. ff. de diſtract pignor.* (e) *l. certi condictio 9. ff. de reb. cred.*

Donell. *ad dict. leg. 9. numer. 3. 8. & 9.*

CLAS. II. DISPUTAT. VIII.

DE INDEBITI SOLUtione.

THESIS I.

1 INDEBITI solutio est, Contractus (a) vel quasi contractus (b) re initus, (c) quo pars una per errorem (d) quidpiam, quod non debet (e) sui liberandi causa (f) alteri dedit parti, (g) & eandem ad id reddendum obligavit. (h)

a) *l. 2.* Vbi Iason. *ff. de condict. indeb.* (b) *§. Item is, cui per errorem, Inst. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. & l si quis absentis. 5. §. is quoque. 3. ff. de oblig. & action. vide infr. class. 3. disput. 18.* Dissentit Donell. *lib. 14. Comment. c. 16. & 17. & ad rubricam ff. de reb. cred. n. 23.* (c) *§. is quoque. 1. Inst. quibus modis re contrah. oblig.* (d) *d. §. is quoque Inst. d. tit. l. 1. C. de condict. indeb. l. 1. l. qui exceptionem 40. ff. d. t.* unde qui indebitum sciens solvit non repetit, *l. indebitum 9. C. eod. t. l. 1. l. si is, qui perpetua. 24. l. Iudex 28. l. quod quis. 50. ff d. t. l. si cùm aurum, 50. ff. de solut.* per errorem hic quoque intelligimus dubitationem, per text. *in l. ult. C. de condict. indeb.* & simpliciter dicimus per errorem, nec addimus facti, nam indebitum ex errore etiam juris solutum, certæ personæ, quibus jus ignorare licet, ut sunt, minores, fœminæ, si de damno vitando certent, milites, rustici, repetere possunt, *l. regula 9. in pr. & §. ult. ff. de juris & fact. ignor.* Donell. *lib. 1. Comment. c. 21. & lib. 14. Comment. c. 14. pag. 269.* (e) *t. t. ff. & C. de condict. indeb.* (f) *d. l. 5. §. is quoque. vers. Qui enim solvit per errorem, ff. de oblig & act. & d. §. is quoque. 1. vers. sed hæc species, Inst. Quib. mod. re contrah. oblig.* (g) cùm enim re hic constituatur obligatio, proficisci debet per solutionem à solvente ad eum, cui solvitur, *l. 1. §. item emptio, ff. de rer. permut.* & intelligimus solutam pecuniam utique naturaliter, si numerata sit, *l. solutam 49. ff. de solut.* & dandum est, quod solvitur, id est, dominium ejus in accipientem est transferendum, pro eo enim repetendo datur condictio, quà non nostram, sed adversarii rem persequimur, *§. sic itaque discretis, Inst. de act.* (h) *d. §. is quoque. 1. vers. datur q. Inst. Quib. mod. re contr. oblig. & d. l. si quis absentis. 5.*

tis 5. § is quoque ibi obligatur quidem, ff. de oblig. & act. & t. t. ff. & C. de condict. indeb.

Contractus eſt indebiti ſolutio, ſi quis hac expreſſa conventione in- 2
debitum ſolvat, ut ſi poſt appareat eſſe indebitum, reddatur.

d. l. 2. In pr. & ibi Iaſ. *ff. de condict. indeb. & l. ſi in area. 33. ff. eod.* Timæus Faber. *diſp. 22. th. 10.*

Quaſi contractus eſt indebiti ſolutio, ſi quis tantum animo libe- 3
randi ſe ab obligatione, & diſtrahendi eam, non etiam cauſa obligandi accipientem, ſolvat.

d. l. Si quis 5. §. is quoque. 3. verſ. qui enim ſolvit ff. de oblig. & action. & d. §. is quoque. 1. verſ. ſed hæc ſpecies. Inſt. Quib. mod. re contrab. obligat. l. is qui commodatum. 13. §. ult. ff. commodati. Donell. *d. lib. 14. Comment. c. 16. & 17.* Cludius *de condition. indeb. c. 1. nu. 67. & ſeqq.* Arumæ. *Exercit. 15. th. 14.*

Cæterùm in ſolutione indebiti duplex incurrit tractatus, [a] unus 4
de ipſa indebiti ſolutione; alter de obligatione & actione, quæ ex indebiti ſolutione naſcitur. [b]

a] Hoc loquendi modo utitur Papinianus ICtus. *in l. ultim. verſ. Quod ſi filius iſte, ff. ſi pars hered. pet.* [b] *ut ex ſequentibus patebit concluſionibus.*

In ipſa indebiti ſolutione ſpectanda eſt qualitas tum indebiti; tum 5
erroris, ex quo ſolutum eſt indebitum. Non enim omne indebitum ſolutum, neque omnis error ſolutionis in quavis perſona condictionem indebiti parit.

Qualitas indebiti ſoluti æſtimatur tum ex re ipſa, tum ex perſona 6
dantis & accipientis.

Donell. *lib. 14. Comment. jur. civil. c. 11. pag. 254. lin. 40. & ſeqq. & c. 13. in pr. p. m. 264.*

Ex re ipſa ejus qualitatis eſt indebitum, ut ſolutum repeti poſſit, ſi 7
vel nullo jure, ne quidem naturali debeatur, (*a*) vel ſi debeatur tantum ſub conditione vera, quæ nondum extitit, (*b*) vel ſi debeatur quidem jure civili, ſed actio per exceptionem perpetuam infirmari poſſit, (*c*) cui exceptioni annumeramus etiam exceptionem, quæ ad rei debitæ perpetuam retentionem comparata eſt, putà vel ad ſervandas impenſas in rem alienam factas, (*d*) vel hereditate vendita ad ſervandum id, quod venditori defunctus debuit, (*e*) vel ſoluto fideicommiſſo aut legato ad exigendam cautionem falcidiæ nomine inventam, (*f*) vel fundo vendito & ſervitute, quæ ei imponi debuit, non impoſita ad eam imponendam. (*g*)

a] *l. Si non ſortem 26. §. indebitum 3. ff. de condict. indeb.* (b) *l. ſub conditio-*

conditione. 16. ff. de condict. indeb. (c) *d. l. si non sortem. 26. §. Indebitum. 3. l. qui exceptionem. 40. & l. ex his omnibus 54. ff. d. t. l. creditor 55. ff. de verb. sign.* de his exceptionibus perpetuis *vide t. Inst. in princ. & seqq. & §. appellantur,* Pacius *cent. 4. ἐναντιοφ. assert. 15.* (d) *d. l. qui exceptionem 40. §. 1.* ubi Bart. & alii, *l. quod dicitur. 5. §. pen. ff. de impens. in rem dotalem fact. l. heres 21. vers. similem ff. ad Senatusconsult. Treb.* Pacius *dict. cent. 4. quæst. 9. & 12.* (e) *l. si is qui. 45. ff. de condict. indeb. juncta, l. 2. §. ult. ff. de hered. vel action. vend.* (f) *l. si quis cum 39. ff. de condict. indeb. juncta l. is cui 31. ff. ad l. falcid. & l. 1. ff. si cui plus, quam per leg. falcid.* (g) *l. sed etsi 22. §. ult. ff. de condict. indeb. l. si tibi 8. ff. de action. empti.*

8 Qui ergo, quod jure tantum naturali debet, solvit, quamvis indebitum sit ratione hac, quod ab invito exigi nequit, (*a*) solutum tamen repeti non potest. (*b*)

a) *l. Creditores 10. vers. quod si natura, juncta, l. debitor 108. ff. de verb. signif.* (b) *l. naturales 10. ff. de oblig. & action. l. fidejussor. 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussor, l. naturaliter, 13. l. si pœna 19. in pr. l. si quod dominus 64. l. frater à fratre 38. §. 1. & 2. ff. de condict. indeb. l. sed etsi. 9. in fin. cum l. seq. ff. ad Senatusconsultum Macedon.* Dissentit Wesenb. *in paratit. ff. de oblig. & action. n. 5.*

9 Est autem & illud naturale tantum debitum quod continetur ea obligatione naturali, quæ nascitur ex datione mutuæ pecuniæ, quam frater fratri ejusdem patris potestati subjecto credidit, (*a*) qualis obligatio naturalis non fratri creditori, sed ejus patri confestim acquiritur. (*b*)

a) *l Frater à fratre 38. in princ. ff. de condict. indeb.* (b) *d. l. frater à fratre. in princ. vers. adeò ut, ibi, filio eidemque debitori ff. d. t. l. 1. ff. si quis a parente fuerit manumissus, l. ea quæ 53. vers. quod naturaliter, juncta, l. acquiruntur. 10. in princ. & §. non solùm ff. de acquir. rer. dom. l, placet 79. ff. de acquir. hered.* Cujac. *ad Afric tract. 9. mihi pag 579. & seq.* Iohan. Mercerius Iurisconsult. *lib. singul. ad dict. l. frater à fratre ff. de condict. indeb. pag. 6. 7. & seqq.* Cludius *tract. de condict indebit. cap. 4. num. 20.* Pacius *centur. 4. quæst. 17.* adde Corasium *in repetit. d. l. 38.* Dissentit Hotomannus *in repetit. d. l frater à fratre ff. de condict. indeb.* Anton. Faber. *libr. 20. conjectur. cap. ult.*

10 Mortuo tamen patre, per fratris debitoris successionem tollitur isthæc naturalis obligatio pro ea parte, qua heres est. (*a*) Tollitur item pro portione profectitii peculii fratris debitoris, quæ ad fratrem creditorem pervenit, (*b*) compensationis potestate. (*c*)

a) *d. l. Frater à fratre 38. in princ.* Cùm enim debitor creditori, vel hic illi succedit, confusione debiti & crediti tollitur obligatio, *l. heres 21.*

§. *Quod*

§. *Quod si stipulator*, ff. *de fidejussor*, *l. matrem* 80. ff. *ad Senatusc. Trebell l. debitori* 7. C. *de pactis*, *l. Stichum* 95. §. *aditio ff. de solut.* vide Cujacium *in dict. tract. 9. ad African. pag. 578. & seq.* Item Iohan. Mercerium *dict. lib. sing. pag. 25. & seqq.* (b) *d. l. frater à fratre. in princ.* profectitium peculium inter fratres, eosdemque heredes patris communicatur, *l. certum* 13. *Cod. famil. erciscund.* Quod si ergo portio peculii fratris debitoris ad fratrem creditorem pervenerit, pro ea parte jure compensationis tollitur obligatio naturalis, quâ ex mutuo frater debitor tenebatur fratri creditori. (c) *per text. in l. etiam 6. ff. de compensat.*

Quapropter si frater debitor post mortem patris, fratri creditori 11
solverit mutuam pecuniam, potest utique frater debitor pro eâ parte, quâ ipse patri heres extitit, repetere solutam per errorem pecuniam, ut & pro sua portione peculii profectitii, quæ ad fratrem creditorem pervenit.

d. l. Frater à fratre 38. *in princ.* Cujac. *in tractat. ad African. 9. pag. 586 & seq.* & Donell *d. lib. 14. cap. 19.*

Illud quoque debitum, à cujus petitione creditor temporali excep- 12
tione per debitorem repelli potest, solutum repeti nequit. (a) Proindeque in diem quod debetur, si ante diem solvatur, quia simpliciter debetur, (b) haud condici potest, (c) ut nec condici potest solutum id, quod debetur sub ea conditione, quam certum est omnimodo extituram. (d)

a) *l. Si is, qui perpetua* 24. *& l. qui exceptionem* 40. *in princ. ff. de condict. indeb.* De temporalibus exceptionibus *vide* §. *temporales*, *Inst. de except.* Ejusmodi quoque est exceptio mariti, & similium personarum, ne conveniantur ultra, quam facere possunt, utpote petitionem differens in id tempus, cùm ampliùs facere possunt, *l. nam & maritus* 9. *ff. de condict. indebit. l. un.* §. *cùm autem* C. *de rei uxor. action.* Cludius *de condict. in debit. cap. 5. num. 120. & cap. 8. num. 113.* Donell. *lib. 14. Comment. cap. 11. pag. 256.* (b) *l. cedere diem* 213. *in princ. ff. de verb. signif. & l. centesimis* 46. *in princ. ff. de verbor. obligation.* (c) *l. in diem* 10. *ff. de condict. indebit.* (d) *l. quod si ea conditione* 18. *ff. d. tit.* Cludius *dict. tract. cap. 2. num. 7. & cap. 8. num. 3. & seqq.*

Etsi verò debitum, quod quis perpetua exceptione tutus solvere 13
non cogitur, si per errorem solutum sit, repeti possit, ut & illud, quod temporariam an perpetuam exceptionis defensionem habiturum sit, nec ne, incertum est, veluti de quo convenit, ne petatur, donec Titius consul fiat, (a) attamen si ea exceptio comparata sit in odium ejus, cui debetur, soluti repetitio cessat. Vnde si mulier ex intercessione sua quod debet, solvat per errorem, repetitionem ejus habet; at filiusfamilias si

Digitized by Goog

pecuniam, quam contra Senatuſconſultum Maced. mutuam accepit: paterfam factus ſolvat, non repetit. (b)

a) *l. Sufficit. 56. ff de condict indebit.* Cujacius *in Comment. in libr 8. quæſt Papiniani pag. 156. & ſeq.* Treutler. *volum. 1. diſput. 22. theſ. 5. lit. F.* (b) *l. ſi pœna cauſa 19. in princ. l. ſi non ſortem. 26. § filiusfamil. & l. qui exceptionem perpetuam 40. in princ. ff. de condict. indebit. l. ſed ſi paterfamil. 9. in fin. & l. ſeq. ff ad Senatuſconſult. Macedon.* Donell. *lib. 14 Comment. c. 11. pag. 256. lin. 39. & ſeqq.* Vide Iohan. Robert. Aurel. *lib. 1. ſentent. jur. cap. 8.* Cludium *dict. tractat. cap. 2. num. 28. & cap. 5. num. 126.* item *cap 9. num. 6. & ſeq. & num. 74. cum ſeqq.*

14 Sed an ſimiliter ille, qui quod exceptione doli mali, vel rei judicatæ tutus ſolvere non tenetur, perperam ſolutum repetere queat, in quæſtionem vocatur? vulgo Interpp. quidem ita ſentiunt, ſed nos ab iis cum Donello ſeceſſionem facimus, (a) ita tamen, ut vero debitori, quem Iudex malè abſolvit, repetitionem dari, ſi ſponte ſolverit, negemus. (b)

a) De exceptione doli mali textus eſt contra Interpp. *in l. qui ſe debere. 7 ff. de condict. cauſ. dat.* contra eos etiam facit, quod exceptio doli comparata eſt ejus cauſa, cui datur, *§. 1. in princ. & verſ. verbi gratiâ, ibi ſed iniquum eſt te condemnari, Inſtit. de except.* unde qui hanc exceptionem habet, ſolutum per errorem repetere poteſt, *d. l. qui exceptionem 40. ff. de condict. indebit.* vide Donellum *lib. 14. Comment. cap. 12. pag. 257. & ſeq.* Ad exceptionem rei judicatæ quod attinet, ea ſimiliter debitoris cauſâ comparata eſt, *d. §. 1. Inſtit. de except.* non eſt comparata in odium creditoris, nihil enim delinquit, qui jus ſuum judicio perſequitur, *l. Gracchus 4. C. ad l. Iuliam. de adulter.* ubi autem nullum delictum, ibi nec ulla pœna *l. aliud eſt fraus 131. ff. de verb. ſignif.* Non ergo in odium ejus, cui debetur, rei judicatæ exceptio comparata eſt, proindeque non impedit ſoluti indebiti repetitionem *argum. l. qui excep. 40. ff. de condict. indeb.* vide Donellum *d. cap. 12. pag. 259. & ſeq.* De intellectu, *l. Iulianus 60. ff. de condict. indebit.* qua interpp. utuntur, vide quoque Cujacium *in Comment. in lib 3. quæſt. Pauli pag. 77. & ſeqq.* (b) *l. Iudex 28. & dict. l. Iulianus 60. in princ. ff. de condict. indeb.* Cujac. *ad libr. 32. Pauli ad edict. pagin. 120.*

15 Quid ſi ex cauſa judicati indebitum ſolvat, puta ſi per errorem, vel gratiam injuſtè condemnatus quis ſit, nunquid ſolutum repeti poteſt? Negamus.

Per l 1. C. de condict. indeb. l. 2. C. de compenſat. l. fidejuſſor 29. §. In omnibus, ff. Mandati, l. de quare 74. §. ult. ff. de judic. l. cum patrem 36. ff. famil. erciſc. ſed obſtare videtur *l. ult. C. ſi ex falſis inſtrum. teſtim. judic. ſit.* Vid. Cujac. *lib. 2 quæſt. Pauli pag 35. & ſeq.*

Quæri-

Quæritur etiam de obligato ad ἀντιδωρεᾶς, si ille remunerandi causa 16
quid solvat, an repetere solutum possit?

Alii affirmant alii negant, de utrisque videri potest Hackelman. *disput. 10. thes. 8.* Vbi cum quibusdam affirmantium opinionem probat. Mihi verò sententia illa tum probatur, si in ipsa solutione nominatim & expresse non dixerit, se solvere, quia ad remunerationem obligatus sit. vid. Donell. *lib. 12. Comment. cap. 2. num. 20.* Bachovius. *tract. de action. disput. 4 Sub. thes. 16.*

Cæterùm ex persona dantis, & accipientis æstimatur indebiti qua- 17
litas, si vel is, qui suo nomine (a) solvit, non debet ei, cui solvit, etiamsi quod solvitur, accipienti debeatur ab alio; (b) vel si is, qui solvit, debet quidem, quod dat, sed non ei, cui solvit, proindeque solutum quod est, ut indebitum repeti potest. [c]

a) Debitoris nomine cùm quis solvit creditori, cessat repetitio soluti, *l. si non sortem 26 §. libertus, vers. ult. ff. de condict. indebit.* etiamsi errans debitoris nomine solvat, quod ei, cui solvitur, debetur, *l. purè 5. §. pennult. ff. de doli & metus except. l. si quis delegaverit 12. ff. de Novati. l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. caus. dat.* potest enim quis solvendo etiam absentem & invitum liberare, *l. solutione. 23. l. solvere 53. ff. de solution. & §. 1. Inst. Quibus modis toll. oblig.* cum quis tamen pro vero debitore ejus, cui solvit, pecuniam numerat errans, quia putat, se ei debitori debere, cùm nihil ei debeat, repetitionem soluti quidem habet, at non à creditore, cui solvit, sed abeo, pro quo solvit, *d. l. si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. caus. dat. d. l. purè 5. §. penult. ff. de doli & metus except. d. l. si quis delegaverit 12. ff. de novat.* (b) *l. in summa 65 §. ultim. & l. si pœna 19. §. 1. ff. de condict. indebit.* Sed obstare videtur, *l. repetitio 44. ff. d. tit. & l. de hereditate 5. Cod. de petit. heredit.* vide Donellum *libr. 1. Commentar. cap. 13.* ubi respondet ad ea loca. (c) *dict. l. in summa 65. §. ultim. ff. de condict. indebit.*

Æstimatur item indebiti qualitas ex personis quorundam, veluti 18
pupilli, furiosi, & prodigi, cui bonis interdictum est. Si enim pupillus absque tutore suo aut furiosus, vel prodigus sine curatore suo naturale debitum solvant, etsi in alia personaceſſaret naturalis debiti soluti repetitio, in his tamen personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur.

l. Interdum 29. ff. de condict. indebit. Donellus *ad l. non omnis 19. §. 1. ff. de rebus credit.* Duarenus *ad eundem tit. C. cap. 3.* & Iohannes Robert. *lib. 1. sententiar. jur. cap. 10.* ubi suam sententiam de intellectu, *l. si ejus pupilli 64. in princ. ff. ad Senatusconsultum Trebell.* quæ obstare videtur, *d. l. interdum 29. refutatis aliorum interpretationibus, exponit.* Dn. Bocer. *ad*

princ Inſt. quib. mod. tollitur oblig. num. 24. Cludius *tract. de condition. indebit. cap. 5. num. 24. & ſeqq.* Anton. Faber. *lib. 3. conjectur. 6.*

18 Et tantum de qualitate indebiti, quod locum repetitioni ſoluti indebiti facit: Sequitur de errore, ex quo ſolutum indebitum repeti poteſt. Exigimus autem hic errorem facti. [a] Iuris errore ſolutum indebitum regulariter repeti non poteſt. [b]

a) *l. Siper ignorantiam 6. l. fideicommiſſum 7. C. de condict. indebit. l. ſi fidejuſſor, 29. §. non malè, ff. manduti,* (b) *l. cùm quis 10. Cod de juris & facti ignorant, l. ſi non ſortem 26. §. indebitum autem ff. de condict indebit.* Eguinar. Baro *ad §. is quoque. Inſtitut. Quibus modis re contrah. obligat.* Cujacius *in Commentar. libr. 19. quæſtio. Papinian pag. 512 & ſeq.* Iohannes Robert. Autel. *libr. 1. ſent. jur. cap. 6. & 7.* Donellus *lib. 14. Commentar. cap. 14.* Qui omnes communem errorem Interpp. contrarium, docent, notant & refutant. Vide Duaren. *ad tit. de condict. indebit. cap. 3.* Pacium *cent. 4. aſſert. 6* Matth. Stephani *cent. 3. quæſt. 17.* Arumæum *Exercit. 15. theſ. 15.* Cludium. *dict. tract. cap. 1. num. 14. & ſeqq.*

19 Iure tamen ſingulari minores, (a) fœminæ, (b) milites, (c) & ruſtici, (d) indebitum juris ignorantia ſolutum repetere poſſunt. (e)

a] *d. l. Regula 9. in princ. ff. de juris & fact. ignorant.* facit. *l. ait prætor 7. §. hodie,* ubi Cujacius *ff. de minoribus & l. cum quidam 17. §. ſi pupillo, ff. de uſur.* (b) *dict. l. regula 9. in princ. facit l. de die 8. §. ſi ſervus, 2. ff. Qui ſatisdar. cog.* vide Cujac. *in Commentar. in d. libr. 19. quæſt Papin. pagin. 514.* (c) *d. l. regula 9. §. ſi filiusfamil. ff. de juris & facti ignorant, l. 1. Cod. d. tit. l. ultim. in princ. Cod. de jure delib.* (d) *per l. 2. in fin. ff de jure fiſci, l. 1. in fin. ff. de edend.* (e) *l. cùm de indebito 25. §. fin autem is, ff. de probat.* vide Cujac. *in libr. 3. quæſtion. Paulipag. 102. & ſeq.* Item, Donellum *libr. 1. Commentar. cap. 21. pag. 58. & ſequenti, & cap. ult.* Cludium *dict. tract. cap 1. num 60. & ſeqq.*

20 Ex quibus autem cauſis res petita per inficiationem in lite creſcit, ſi quid ex iis indebitum ſolutum ſit, ex facti ignorantia, ceſſat ejus repetitio.

l. Ea quæ, 4. C. de condict. indeb. §. ultim. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contra. naſcunt, & l. eleganter 23. § ultimo, ff. de condict. indeb vide Donell. *lib. 14. Comment. c. 15.* & novam meam repetitionem *d. l. 4. C. d. t.*

21 Gloſſa & Dd. [a] quidem plures proponunt caſus exceptos, quibus indebiti ſoluti repetitionem ceſſare putant, verùm nos cum Donello [b] præter exceptionem proxima theſi propoſitam nullam aliam agnoſcimus. Vnde non probamus eorum opinionem qui putant indebite ſolutam pecuniam, bona fide ab accipiente conſumptam, aut caſu amiſſam repeti non poſſe. [c]

a) *In*

a] *In d. §. ult. Inſt. de obligat. quæ quaſi ex contr. naſc. & d. l. 4. Cod. de condict. indeb. & d. l. eleganter 23. §. ult. ff. eod.* [b] *d. c. 15. lib. 14. p. 273.* [c] *per l 3. verſ. ſcil. quod. l. nam hoc. 14. l. hæc condictio. 66. ff. h. t.* Sed his textibus non probatur iſthæc opinio. Et facit contra eam quod interitus rei pertinet ad dominum, qualis hic eſt, qui indebitum accepit.

Reſtat obligatio, & actio, quæ ex indebiti ſolutione oritur, obligatio illa vel expreſſa eſt, vel tacita. [a] Expreſſa ſi expreſsè convenerit inter ſolventem & accipientem, ut ſi poſt appareat indebitum reddatur. [b] Tacita, ſi nominatim de reddendo ſoluto nihil agatur. [c] 22

a] *l. Is, qui commodatum 13. §. ultim. ff. commodati.* [b] *l. 2. in pr.* ubi Iaſon. *ff. de condict. indeb.* [c] *d. l. is qui commodatum 13. §. ultim. ff. commodati.*

Duo autem obligatio iſthæc continet: Rem principalem debitam, & rei illius acceſſiones, quæ ad eum, qui rem accepit, pervenerunt. 23

l. Indebiti 15. ff. de condict. indeb.

Res principalis debita, vel eſt ipſum corpus, ſive ſpecies, quæ data eſt, vel eſt tantundem, id eſt, rei datæ æſtimatio. 24

l. Quod indebitum 7. l. in ſumma. 65. §. in frumento. 6. ff. de præſcript. verbis. l. ſi operas. 25. in fin. ff. de præſcr. verb.

Ipſum corpus, ſive ſpecies, quæ data eſt, reddi debet, ſi extet penes accipientem. Æſtimatio vero reddenda eſt, ſi vel ſpecies ſoluta non extet penes accipientem, is tamen ex ejus alienatione factus ſit locupletior, vel res, quæ pondere, numero, aut menſura conſtat, ſoluta ſit. 25

l. Si non ſortem. 26. §. libertus, 12. verſ. ſed hæ inquit, ff. de condict. indeb. l. 2. in princ. & §. 1. ff. de rebus credit. l. res in dotem 42. ff. de jure dotium, Cujac. *in Paratit. C. de condict. indeb.* & Donellus *lib. 14. Comment. c. 18. pag. 283. in fin. & pag. ſeq.* latè Cludius *de condict. indeb. c. 7. numer. 17. & ſeqq.*

Quòd ſi quis ad res duas disjunctim obligatus, putà Titium, vel viginti, utrumque per errorem ſolvat, in arbitrio ipſius ſolventis eſt, utrùm repetere velit; ſicuti, qui hominem generaliter promiſit, Stichum autem, exiſtimans eum ſe promiſiſſe, præſtet, Stichum repetere, & alium quemlibet dare poteſt. 26

l. Penult. C. de condict. indeb. l. cùm is 32. §. ult. ff. d. t. vide Donell. *d. lib. 14. Comment. c. 18. pag. 284. in fin. & pag. ſeq.* maximè verò Franciſc. Balduinum, *in Iuſtiniano, pag. 106. 171. & ſeqq.* Item Iohannem Robert. *lib. 1. ſent. jur. c. 9.* Cludium *d. tract. c. 3. n. 78. & ſeq.*

Acceſſiones rei ſolutæ ſunt, quod rei ſolutæ per alluvionem accrevit: quod ex ea natum eſt, veluti fructus [a] & partus ancillarum, pecorum fœtus; item mercedes habitationis. [b] 27

a] Quamvis bona fide percepti sint Schultes. *quæst. 28. num. 81.* Quid etsi non factus locupletior? idem asserit Schultes *d. l.* Vbi dissentientes allegat. [b] *l. indebiti 15. l. in summa 65. §. ei qui ff. de condict. indeb.* vide Donell. *lib. 14. Comment. c. 18. in fin.* Sed an usuræ à tempore litis contestatæ hoc in judicio peti possint, quæritur, Andr. Cludius *in tr. de condict. indeb. c. 10. n. 74. & seqq.* Affirmat.

28 Actio, quâ indebitum solutum repeti potest, vocatur condictio indebiti, [a] quæ & condictitia dicitur actio, [b] item actio condictionis, (c) & alicubi indebita condictio. (d)

a) *Tot. t. ff. & C. de condict. indeb.* (b) *§. in quoque, t. Inst. Quibus modis re contrab. oblig.* (c) *l. 1. C. de condict. indeb.* (d) *l. indebiti soluti 15. §. 1. in fin. ff. d. t.*

29 An Iudex, qui Reum probationibus id ipsum exigentibus ad redditionem pecuniæ indebitè acceptæ, condemnat, simul etiam ad expensas condemnare possit, quod negandum puto.

l. 1. Vers. usuras autem. C. de condict. indeb. vide latè Cludium *d. tr. c. 10. n. 59. & seqq.*

30 Sed an si Actioni huic semel renunciatum sit, illa nihilominus intentare possit. & Affirmativam veriorem puto.

l. fin. §. Idem quæsit. ff. de condict. indeb. Nemo enim censetur juri suo renunciasse quod sibi competere ignorat, vel dubitat. vide Hilliger. in Donell. *enucleat. lib. 14. c. 18. lit. A. cum ibi allegatis.*

Clas. II. Disputat. IX.

De Commodato et Precario.

Thesis I.

1 Commodatum est contractus *(a)* re initus, *(b)* quo pars una rem mobilem, seu immobilem, *(c)* parti alteri in certum finem, & modo præscriptum *(d)* usum, *(e)* non abusum, *(f)* gratis *(g)* concedit.

a) *l. Iurisgentium, 7. §. 1. ff. de pact. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commo-*

Digitized by Google

commodat. (b) §. *Item is, 2 Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. & l. 1. §. is quoque, cui, ff. de O. & A.* (c) *l. 1. §. 1. ff. commod.* vide *l. ſi gratuitam 17. in princ. ff. de præſcript. verb.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 9. tit. 5.* (d) *l. eum, 10. in pr. & dict. l. in commodato 17. §. ſicut, ff. d. t. § furtum autem. verſ. Itaque ſive creditor, & §. placuit tamen eos. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* Et hac nota commodatum à precario, quod non ita datur, proindeque ſtatim revocari poteſt. *l. 1. & l. 2. ff. de precario*, diſtinguitur: Duaren. *ad t. C. & ff. commodati. c. 1.* Donell. *in l. ultim. num. 1. C. d. t. & lib. 14. Comment. c. 2. p. 218. in fin. & pag. ſeq.* & Hottoman. *lib. 1. amicabili. reſponſ. c. 21. ſub lit. B.* (e) *d. §. item is, 2. Inſt. quibus modis re contrah. oblig. & l. 1. §. & ille quidem. ff. de O. & A.* Et hac nota diſtinguitur commodatum à depoſito, itemque pignore, §. *furtum autem fit. 6. verſic. Itaque ſive creditor. Inſtitut. de obligat. quæ ex delict. naſc.* (f) Dominium enim & poſſeſſio rei commodatæ manet ejus, qui commodavit, *l. rei commodatæ, 8. & l. ſeq. ff. commod.* Et hoc differt commodatum à mutuo, *d. §. item is cuires. 2. Inſt. quibus modis re contrah. oblig. & l. 1. §. Et ille quidem, ff. de O. & A.* (g) *d. §. Item is, Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. l. ſi ut certo. 5. §. rem tibi. ff. commod. l. ſi gratuitam. 17. §. ſi cum unum, ff. de præſcript. verb. §. præterea. in fin. Inſt. de Locat. & conduct.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 9. t. 1.*

Duos autem generaliter commodatum tractatus recipit: Vnum 2
de ipſo commodati negocio contrahendo: alterum de obligatione, quæ ex contracto commodato naſcitur.

In ipſo commodati negotio contrahendo, ſpectamus tum 3
perſonas, quæ contrahere commodatum poſſunt, vel non: tum res, quæ commodantur: tum etiam modum contrahendi commodatum.

Contrahere poſſunt commodatum perſonæ omnes, quæ intelle- 4
ctum habere noſcuntur, ut conſenſum accommodare poſſint, (a) maximè verò puberes, (b) ut ſui juris, ſic & filiifam. (c) Impuberes ſine tutoris ſui authoritate, res ſuas commodare alii non poſſunt: (d) ipſi, etiamſi abſque tutoris authoritate commodatum accipiant, non obligantur, (e) niſi locupletiores inde facti probentur: (f) quamvis de re commodata reſtituenda actione ad exhibendum, & rei vindicatione teneantur, ut furioſus. (g)

a) *l. 1. §. conventionis, ff. de pactis. l. in negotiis, 5. ff. de Reg. Iur. l. in omnibus. 59. ff. de obligat. & action.* In furioſi ergò & mente capti perſona commodatum non conſiſtit. *l. 2. ff. commod. l. furioſi. 40. ff. de Reg. Iur.* Vt nec in perſona infantis. §. *pupillus, verſ. Sed quod diximus 10. Inſt. de inutil. ſtipulat.* Surdus vero mandatum contrahere poteſt, *l. in*

quibuſ-

quibuscunque. 48. ff. de O. & A. (b) *l. 1. §. fin. ff. commod.* (c) *l. filiusfam. 39. ff. de O. & A.* (d) *§ 1. vers. unde in his causis. Inst. de Author. tutor. l. obligari. 9. in pr. §. 1. & 2. ff. d. t. & l. obligari. 43. vers. pupillum, ff. de O. & A.* (e) *d. l. 1. in fin. ff. commod.* (f) *l. sed mihi. 3. in pr. ff. d. t. l. 1. in pr. & l. pupillus. 5. in pr. ff. de authoritat. & consensu tutorum.* (g) *l. 2. ff. commod. facit l. furiosus, 40. ff. de O. & A.* vide Duaren. *ad t. C. & ff. commod. cap. 7.*

5 Quod de impubere, sine tutoris authoritate commodatum contrahente, jam diximus, id etiam de pubere minore, itemque prodigo, absque curatoris sui consensu commodatum contrahente, exaudiri volumus.

Per l. qui curatorem. 3. C. de in integr. restit. minor. & l. 1. & 2. C. si adversus creditor. & l. is cui bonis, 6. ff. de Verb. Obligat. l. furiosi. 40. ff. de Reg. Iur.

6 Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, commodatum constitit, si liber ille homo non ignarus fuerit conditionis suæ alioqui innominatus quidam contractus videtur, si fuerit ille conditionis suæ ignarus.

l. Is qui commodatum. 23. §. ult. ff. commod. junctæ. l. liber. 19. in fin. & l. homo liber. 54. in pr. junct. §. 1. ff. de adquir. rer. dominio. & l. liber homo. 118. in pr ff. de V. O.

7 Res autem commodari potest non solum mobilis, sed & immobilis. Quin etiam habitatio commodari potest.

l. 1. §. 1. ff. Commod. de habitatione est item textus. *in §. sed si cui habitatio, 5. Inst. de usu & habitat. & in l. cùm antiquitas, 13. C. de usufruct. & habitat.* Sed obstare videtur *l gratuitam. 17. ff. de præsc. verb. & l. si habitatio. in pr. ff. de usu & habitat.* Vide Francisc. Balduinum, *in Justiniano, pag. 176. & seqq.*

8 Et potest quis commodare non solum propriam, sed & alienam rem, quam possidet, (a) ita ut & fur, itemque prædo commodare possit, (b) sed alii, quàm rei domino. (c)

a) *l. Commodare 15. ff. commod* Mantica *d. tacit. & ambig. convent. lib. 9. t. 4. num. 1.* (b) *l. ita ut, 16. ff. d. t. l. non ab Judice. 64. in pr. vers. deniq. ff. de judiciis, facit & l. si alienam, 11.* ubi Duaren. *ff. solut. matrimon.* (c) *arg. l. bona fides. 31. §. incurrit. vers. si tamen ignorans & vers. seq. ff. depos.*

9 Ea tamen res, quæ usu consumitur, veluti pecunia numerata, commodari nequit, nisi fortè ad pompam vel ostentationem quis eam accipiat.

l. 3. §. ult. ff. Commod. l. si ego. 18. §. fin. ff. de rebus cred. Cujac. *lib. 10. obser-*

Digitized by Google

observat. cap. 37. Mantica *dict. lib. 9. tit. seq. num 5.* Vide Coraſ. *lib. 4. miſcell. jur. civil cap. 8. num. 6.*

Modus contrahendi commodatum, tum ſubſtantialis eſt, tum ac- 10
cidentalis. Subſtantialis, quod res commodatur ad certum aliquem uſum, (a) & quidem gratis. (b) Accidentalis, quod res quandoque commodatur pluribus, qui ſinguli, ſi ſpecies commodata ſit, in ſolidum obligantur: (c) quodque interdum ipſi commodato pactum aliquod adjicitur, puta, de re commodata certo loco, vel tempore reddenda: (d) Item de non præſtanda à commodatario culpa, vel de præſtando etiam caſu fortuito. (e) Sed hæc pactio, ne futurus dolus præſtetur, in commodato etiam rata non eſt. (f)

a) *Perfundamenta ad Theſin 1 ſub lit. D. poſita.* (b) *vide loca adthema. 1. ſub lit. G.* (c) *l. ſi certo, 5. §. ultim. ff. commod. & l. ſi duo. 22 ff. Depoſ.* Duaren. *ad tit Cod. & ff commodati, cap. 8. in fin.* Obſtare videtur *Novell 99. cap. 1. & Authent. Hoc ita, C de duobus reis.* Item *l. rem mihi 21. § in exercitu ff commod* De qua antinomia vide Hoteman. *lib 1 quæſt. illuſtr quæſt. 19* Duaren. *ad tit ff. & C. commod cap. 8 in fin. &* Iuli. Paci. *cent. 4. var. c. aſſert 41. 42.* Arumæum. *Exercit. Inſtit. 13 theſ 9.* (d) *d. l ſi ut certo 5. in princip ff. commod. & tot. tit. ff. de eo, quod certo loco.* (e) *l. contractus, 23 §. ſed hac ita ff. de reg jur.* Sed an ad hoc ut commodatarius teneatur ad caſus fortuitos, ſufficiat pactum generale de omni caſu & periculo præſtando, an verò ſpecialis eorum deſideretur enumeratio. Vide Matthiam Stephani. *cent. 3. quæſt. 29. in fin.* Sichard. Salicet. & Glicken. *ad l. 1. C. commodat.* Soarez. *in theſaur. receptar. ſentent. lit. c. num. 27.* ubi citati. (f) *l. in commodato. 17. in princ. ff. commod. d l. contractus, §. ſed hac ita. verſ. legem enim, ff. de reg. jur. l. ſi unus. 27. §. illud. 3. ff. de pact.*

Sequitur de obligatione, quæ ex contracto commodato naſcitur, 11
quæ duplex eſt: principalis ſive directa, & contraria. (a) Directa commodati obligatio eſt, quâ commodatori quid præſtare commodatarius tenetur. (b) Circaquam duplex incurrit inſpectio, una debiti, quod commodatarius præſtare commodatori adſtrictus eſt; Altera actionis, quâ commodator ejuſmodi debitum perſequi poteſt. (c)

a) *Dict. l. in commodato. 17. §. 1. & l. ſeq. §. ultim ff. commod.* (b) *per ll. proximè allegatas.* (c) Vt ipſe contractus parit obligationem, ita obligatio parit actionem. *l. licet. 42. §. ea obligatio, 2. ff. de procuratoribus.* Obligatio autem ſpectat debitum aliquod, ſive rem, quam, qui obligatus eſt, præſtare alteri tenetur, *§. 1. Inſtit. de obligat. l. obligationum 3. in princip. ff. de obligat. & actionib.*

Debitum autem quod commodatori præſtare commodatarius te- 12

Digitized by Google

netur, duplex est: cura rei commodatæ, & tempestiva rei ejusdem restitutio.

Dorell. *lib. 14. Commentar. cap. 3 pag. 221. lib. 15 & seqq.*

23 Curam quod attinet, ea in hoc consistit, ne dolo, vel culpa suâ commodatarius committat, ut res commodata pereat, aut deterior fiat. Et quia commodatum plerumque continet solam utilitatem ejus, cui res commodatur, (a) idcirco tenetur commodatarius exactissimam custodiendæ rei commodatæ diligentiam præstare, ut, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. Præstat ergò præter dolum, & latam culpam, etiam culpam levem, & levissimam. (b)

a) *Dict. l. sicut certo. 5. § Nunc videndum 2. ff. commod. l. si servus communis. 61. §. circa commodatum. 6. ff. de furt.* (b) *l. contractus, 23.* ubi Petr. Faber. Cujac. & alii. *ff. de reg. jur. d. l. 5. §. nunc videndum. 2. d. l. in rebus, 18. in princip. l. argentum. 20. ff. commod. l. 1. §. Et ille quidem. ff. de O. & A. l custodiam 3. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* Ego *in tract. ad l. contractus. ff. de regul. jur. cap. 4. num. 6.* ibi Delrio. *cap. 8* Matth. Stephani. *centur 3 quæst. 29* Vbi contraria resolvuntur. Constant. Harmenop. *lib. 6. Epitom. tit. 2.* Vnde, si res commodata, dum refertur, perierit, periculum hoc ad commodatarium pertinet, qui non idoneum hominem ad referendam rem elegit, *l. eum, qui rem. 10 §. 1. & l. seq. ff. commod.*

24 Quod si utriusque partis gratia commodata sit res quædam: veluti, si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam susceperilles, & ego tibi argentum commodaverim, certè hoc casu dolus, & culpa tantum levis præstatur.

Dict. l. in rebus. 18. in princ. verf. at si utriusque. ff. commod. Vugepaur. *Exercit. Instit. 15. quæst. 8.*

25 Qui item commodatoris tantum gratiâ accepit rem commodatam, de dolo & lata tantùm culpa tenetur.

Dict. l. si ut certo. 5. §. interdum, & ibi Bart. Castrens. & alii. *l. eum qui. 10. §. ult. & si mei causa, 12. ff. commod.* vide Cujac. *lib. 9. obs. cap. 24.* Cagnol. *ad l. contractus. 23. ff. de regul. jur. num. 35.*

26 Quòd si incendio vel ruina, vel quo alio casu fortuito quid contigerit damni in re commodata, non tenebitur commodatarius, nisi fortè, cùm posset res commodatas salvas facere, suas prætulit.

Dict. l. si ut certo. 5. §. Quod verò senectute. 4. d. l. in rebus. 18. ff. commod. l. contractus, 23. § ultim. ff. de reg. jur. l. 1. C. de commodat. l. qua fortuitis. 6. C. de pignorat. action.

27 Vnde si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente, in ipso itinere deterior equus sit factus,

Digitized by Google

factus, non teneris commodati. Nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.

l. Vltim. ff. commodati. Vide Vultejum. *libr. 1. Iurisprudent. Roman. cap. 32. post numer. 7.*

Restitutio rei ipsius commodatæ tempestiva, ut dixi, pars altera est 18
debiti, ad quod præstandum commodatori commodatarius tenetur. Eam ipsam enim rem, quam accepit commodatarius restituere commodatori debet, (a) & quidem tempestivè, id est, expleto usu, in quem res commodata est, (b) & tempore atque loco opportuno, ut, de quo in ipso contractu convenit. (c)

a) *§. Item is, cui res utenda, 2. Instit. quibus mod. re contrah. obligat. & l. 1. §. Is quoque, cui rem, 3. ff. de Obligat. & A.* (b) *l. in commodato, 17. §. sicut autem, ff. commod.* (c) *l. si ut certo. 5. in princ. ff. d. tit. l. si solutus, 39. & l. creditor. 102. in princ. ff. de solut. l. 3. 7. & 9. & tot. tit ff. de eo, quod certo loco.* Treutler. *volum. 1. disput. 24. thes. 2. ad lit. E.*

Neque commodatarius prætextu debiti & ita compensationem op- 19
ponens, restitutionem commodatæ speciei rectè recusat.

l. Vlt. Cod. commod. Fürstl. Würtemberg. Landrecht / *part. 2. tit. 2. §. ult. fol. 242.* ubi Plebst. *disput. 2. thes. 26.* Arumæus *exercit. 12. quæst 13.* vide Cujacium *ad Iul. Paul. libr. 2. sentent & libr. 11. observat. cap. 11. & libr. 9. observ. 37.* Hotoman. *libr. 1. Responsi. amicabili cap 21.* Dn. Harpprecht. *ad §. 2. Inst. quib. mod. re contrahit. oblig. num. 51.* Nota quod hic dicitur, speciei, nam si debitum sit quantitatis, locum habet compensatio. *vid. infr. class. 4. disput. 19. thes. 74.* vide Dn. D. Besold. *part. 2. ff ad lib. 16. quæst. 3.*

Quod autem de cura, & restitutione rei commodatæ jam dictum 20
est, non modò de ipsa re principali, sed & ejus accessione accipiendum erit. Nam equa commodata, ejus quoque pulli, qui eam comitabantur: ut servo commodato cum lance, ejus etiam lancis curam & restitutionem commodatarius debet. (a) Fructus quoque rei commodatæ, (b) itemque ex mora usuras quantitatis ad pompam commodatæ, omnemque utilitatem commodatori præstare commodatarius tenetur. (c)

a) *Dict. l. si ut certo 5. §. usque adeò. 9. & §. si me rogaveris. 13 ff commod.* (b) *l. videamus. 38. §. si possessionem. & §. in cæteris. ff de usur.* (c) *l. mora. 32. §. in bonæ fidei. 2. l. videamus 38. §. si possessionem. 10. & §. 15. ff de usur.* Oldendorp. *class. 4. action. 15.* Petr. Gregor. Tholosan. *in Syntagm. univers. jur. lib. 23. cap. 1. num. 13.*

Sumptum quoque, si quem commodator in repetenda re commo- 21
data fecerit, agnoscere commodatarius tenetur.

Dict. l. si ut certo 5. §. rem tibi. 22. ff h. t.

Digitized by Google

22 Quòd si commodatarius dolo, vel contumacia non restituat rem commodatam, quanti in litem commodator juraverit, condemnari commodatarius debet.

l. Sed mihi. 3. § in hac actione. 2. ff. commod. l. 2. §. 1. l. si tutor. 8. ff. de in litem jurand.

23 Sin culpa ejus non restituatur res commodata, vel deterior restituatur, æstimatio à judice facienda est; nec jusjurandum illud in litem, quod affectionis appellant, hic locum habet. *(a)* Vnde quæritur; Cujus temporis æstimatio rei commodatæ fieri in judicio debeat. Et putamus spectandum tempus, quo res commodata, post commodatarii moram, plurimi fuit.

a) *Dict. l. 2 § 1. l. 4. §. ulti. l. 5. §. sed in his, ff. de in lit. jurand.* (b) *l. ratio possessionis. 3. §. ultim. ff de actionibus empt. & vendit. & l. in hac actione. 3. ff de condict. Tritic.* Promdeque & tempus condemnationis, si eo tempore fuerit plurimi *l. sed mihi 3. § in hac actione. ff. commod.* Donell. *in l. vinum. 22. num 14. & seqq ff. de rebus creditis. & in dict. l. 3. ff de condict. triticar.* Borcholt. *de rebus credit. cap. 7.* Fachinæus *lib. 2. controvers. cap. 74.* Vide quoque Cujacium *in tractat. 8. ad African. in explicat. l. hominem certum 37. ff. mandati.* Arumæum. *de mora cap. 8. num 5.* Hotom. *illustr. quæstion 16.*

24 Cæterùm, actionem quod attinet, quâ commodator debitum ejusmodi persequi potest, dicitur ea commodati actio, *(a)* & quidem principalis; item directa commodati actio, *(b)* & rectum commodati judicium: *(c)* cum quo etiam furti, *(d)* itemque L. Aquiliæ *(e)* actio concurrit, si commodatarius alio modo usus sit re commodata, quam convenit; vel eam rem deteriorem fecerit. Si tamen commodati actione actum fuerit, hæ aliæ tolluntur. *(f)*

a] *§ Item is, cui res. 2. Inst. quibus modis re contrah. oblig. l. 2. l. 3. in princ. ff. commod.* [b] *l. in commodato. 17. §. 1. ff. d t* [c] *l. in rebus. 18 §. ult. ff cod.* [d] *l si ut certo. 5. §. quinimò, 8. h. t l. qui servum 34. §. 1 ff. de O. & A.* [e] *d. l. in rebus, 18. §. sive autem. 1 ff. d. t.* [f] *d. l in rebus, 18. §. sive autem. 1. ff. eodem d. l. qui servum. 34. §. 1. ff. de oblig. & action.* Oldendorp. *class 4. act 15.* Datur autem hæc actio non tantum commodanti sed etiam ejus hæredi, adversus commodatarium ejusque hæredem. *d. l. 3. §. hæres ejus. d. l. 17. §. 2. ff. eod.* Wesenbec. *ibid. in paratitl. num 10.*

25 Sequitur de contraria commodati obligatione, quâ commodatario ad quasdam præstationes commodator astrictus est. [a] Et in hac spectamus, tum debitas præstationes; tum actionem, quâ commodatarius præstationes illas persequi potest. [b]

a) *d. l.*

Digitized by Google

a] *d. l. Si ut certo. 5. §. quinimò. l. in commodato. 17. §. 1. & §. rem commodatam. l. in rebus. 18. §. ultim. l. rem mihi, 21. in pr. & l. seq. ff. commod.* [b] *d. l. in commodato. 17. § ſicut, ibi, converti in mutuas præſtationes, actiones ſq. civiles, ff. d. t.*

Debitæ præſtationes hîc ſunt, quibus commodatarius indemnis 26
ſervatur. *(a)* Et ſunt potiſſimum tres; una continet liberum rei commodatæ uſum, in quem res commodata eſt; [b] altera conſiſtit in reſarciendo damno, quod per cauſam commodati commodatario contigit; [c] tertia continet impenſas, quas commodatarius in rem commodatam fecit. [d]

a) *l. Furti. 6. §. ultim. ff. de his, qui notantur infam.* facit. *l ei, apud quem. 5. in princ. ff. depoſit.* (b) *d. l. in commodato. 17. §. ſicut. ff. commod.* (c) *l. in rebus. 18. §. pen. ff. d. t.* (d) *d. l. in rebus §. poſſunt. 2. ff eod.*

Etſi igitur voluntatis ſit, & officii, commodare; attamen intempe- 27
ſtivè rei commodatæ uſus auferri commodatario non poteſt, ſed tenetur pati commodator, ut commodatarius re commodata liberè utatur, ad eum modum, & finem, in quem rem accepit.

d. l. In commodato. 17. §. ſicut 3. ff. h. t.

Si quoque vaſa quis commodaverit, ſciens vitioſa, & infuſum quod 28
erat, effluxerit; *(a)* vel ſciens commodaverit ſervum furem, & is commodatario furtum fecerit, *(b)* damnum hoc reſarcire commodatario tenetur.

a) *l. In rebus, 18. §. pen. ff. commod.* (b) *l. pen. ff. eod.* Fürſtl. Würtemb. Landrecht. *part. 2. t. 2. fol. 241. §.* der jenig.

Si item commodatarius rei commodatæ perditæ pretium commo- 29
datori dederit, & hæc deinde in ipſius commodatoris poteſtatem venerit; aut rem ipſam, aut datam ejus æſtimationem reddere commodator commodatario tenetur.

d. l. In commodato. 17. §. ult. ff. h. t. Treutl, *vol. 2. diſp. jur. civil. 24. th. 4. lit. D.*

Expenſas illas quod attinet, ſi neceſſariæ ſunt & magnæ, eas planè 30
commodatario refundere commodator neceſſe habet. Modica verò, veluti cibariorum impendia, commodatarius, quia commodo rei utitur, repetere non poteſt.

d. l. in rebus. 18. §. poſſunt. ff. commod.

Utiles etiam impenſas, ſi commodator eas ferre poteſt, ut non co- 31
gatur propterea rem ipſam diſtrahere, commodatarius jure repetit.

Argum. l ſi ſervos 25 ff. de pignor. act. & l. in fundo. 38 ff. de rei vindic. Utilius tamen quandoque eſt, propter iſtas impenſas, rem jure retentionis tenere, quam ultro commodati agere. Fürſtlich Würtemb. Landrecht. *part. 2. t. 2. §. fin fol. 242.*

Digitized by Google

32 Actio autem, quâ commodatarius hæ præstationes persequi potest, est contraria commodati actio.

l. 5. § Quinimò. l. in commodato. 17. §. 1. & §. fin. l. rebus. 18. §. ult. l. rem. mihi. 21. in pr. & l. pen. ff. commod.

33 Commodato simile est PRECARIUM, (a) quod est conventio, quâ quis alii precibus petenti, rem gratis utendam concedit, nullo utendi vel fine, vel modo præscripto. (b)

a) *l. 1. In fin. ff. de precario.* (b) *d. l. in princ. & §. 1. l. 3. §. 2. ff. d. t.* Donell. *ad l. ult. n. 1. C. eod. & lib. 14. c. 2. pag. 218. & c. 34. pag. 346.* vide Didac. Covarruv. *lib. 3. variar. resol. c. 15.*

34 Sed precarium contractus sit, nec ne, in quæstionem vocatur? Nos patrocinium negativæ suscipiemus.

Per l. interdictum de precariis. 14. ff. de precar. l. 14. §. 11. ff. de furt. Donel. verò in societatem contractuum etiam precarium admittit. *lib. 12. Comment. c. 13. in fin. & d. lib. 14. Comment. c. 34. pag. 347. & in l. ult. n. 4. C. de precar.* vide me *in Comment. ad lib. 3. Inst. fol. 210.*

35 In precario autem maximè spectamus, tum ejus substantiam & naturam: tum actionem, quâ res precario data repeti potest.

36 Substantia precarii, quâ differt à commodato, hæc est: quod datur nullo præscripto vel modo, vel fine rei concessæ. (a) Natura verò precarii est, quod revocari potest, quando libuerit concedenti; (b) & quidem hæc precarii natura est inseparabilis. Si enim convenerit, ut accipiens precariò, ad certum usque tempus re utatur, nulla ejus conventionis vis est. (c)

(a) Donell. *ad d. l. ult. n. 1. C. de precar. & lib. 14. Comment. jur. civ. c. 2. pag. 213. & cap. 34. pag. 346.* (b) *d. l. 1. §. 2. l. 2. §. 2. ff. de precar.* (c) *l. cum precario. 12. ff. de precario.*

37 Est & hæc precarii natura, quod is, qui rem utendam precariò habet, rem eam possidet, (a) si precariò rogavit, sibi possidere liceat (b) non etiam hoc casu dominus possidet, qui rem precariò simpliciter dedit. (c)

a) *l. 2. §. ult. l. in rebus. 4. §. 1. l. qui precario. 17. ff. de precario.* (b) *l. & habet 15. §. eum qui, ff. d. t.* (c) *l. si certo. 5. §. ult. ff. commod. l. possideri. 3. §. ex contrario. 5. ff. de adquirend. vel amittend. possession. l. duo in solidum. 19 ff. de precario.* Obstat *l. & habet. 15. §. eum qui. ff. d. t.* Sed aliud est res, aliud possessio, *l. penult. §. ult. ff. uti possideris.* Qui precariò possessionem rogavit, possidet rem; qui rem simpliciter rogavit, non possidet, sed dominus possidet. At vide Iohan. Borcholt. *ad t. ff. de acquir. vel amittend. possess. c. 6. n. 20. & c. 8. n. 38.* Et me *in d. Comment. ad Inst. Iur. lib. 3. fol. 212.*

Simi-

Digitized by Google

Similiter & hæc precarii natura est, quod is, qui precariò rogavit, dolum tantùm & latam culpam præstat. 38

l. Quæsitum. 8. §. eum quoque. ff. de precario, & l. contractus. 23. ff. de R. I. Vbi Egò *in Commentar. meo. & ad Inst. lib. 3. fol. 213. n. 22.*

Actio, quâ repeti res precariò concessa potest, est interdictum restitutorium de precariis. (a) Potest item ex bona fide, & quia simile est commodato, præscriptis verbis actione sive condictione certi restitutio rei precario datæ, peti. (b) 39

a) *l. 2. In princ. & §. 1. l. interdictum. 14. l. & habet. 15. §. cùm quis. & t. t. ff. de precario.* (b) *d. l. 2. §. 2. vers. itaque. & l. duo in solidum. 19. §. ult. ff. d. t.* Cujac. *lib. 4. observ. c. 7. & ad Iul. Paul. lib. 5. recept. sentent. t. Redditur interdicti actio. & in Parat. C. t. de precario.*

Clas. II. Disputat. X.

De Deposito.

Thesis I.

DEpositum est contractus, (a) re initus, (b) quo pars una (c) rem custodiendam (d) alteri parti, (e) gratis (f) eam suscipienti, commendat. (g) 1

a) §. *Ex hoc jure Inst. de jur. nat. gent. & civil. l. jurisgentium 7. §. 1. ff. de pact.* [b] *l. 1. §. is quoque. ff. de oblig. & act. §. præterea & is. 3. Inst. quib. mod. re contrab. oblig.* [c] quia deponere possunt tam plures, quàm unus, *l. 1. §. sed si duo. 44. l. 6. l. licet. 17. ff. depos. l. sequester. 110. ff. de verb. signif.* idcircò partis appellatione hic uti placuit. (d) *l. 1. in princ. d. l. propriè. 6. ff. depos. d. §. præterea & is. 3. Inst. quib. mod. re contrab. oblig. & d. l. 1. §. is quoque. 5. ff. de oblig. & action.* [e] Potest res deponi tam apud plures, quàm apud unum. *d. l. 1. §. si apud duos. ff. d. t.* proindeque utimur & hic partis appellatione. [f] *d. l. 1. §. si vestimenta. 8. & §. seq. ff. depos. §. ult. Inst. de mandat.* [g] *l. commendare. 186.* ubi Cujac. Gœdd. & alii. *ff. de verb. signif. l. Lucius. 24. ibi, commendasti mihi, item ibi,* quid enim aliud est commendare, quàm deponere, *l. publica 27. in princ. ibi.*

ibi, commendavit, item ibi, res commendata. ff. depos. l. 6. l. cùm hereditas, 9. C. d. t. Mantica *d. tacit. & ambig. convent. lib. 10. t. 1.*

2 In depositio autem, spectamus primùm ipsam rei depositionem: [a] deinde obligationem, [b] quæ ex rei depositione nascitur.

a] *dict. l. 1. §. est autem, ibi, conditio depositionis, & l. ei apud quem. 5. §. ult. ibi, contra legem depositionis, ff. depos. l. pen. in pr. ibi, per depositionu acceperit titulum. C. d. t* [d] *d §. præterea & is, ibi, re obligatur. Inst. quib. mod. re contrab. oblig. & d. l. 1. §. is quoque, apud quem, ibi, re nobis tenetur, ff. de oblig. & act.* ex contracto negocio nascitur obligatio. *d. l. 1. in pr. & §. 1. ff. d. t. § sequens divisio. Inst. de obl. l. Labeo, 19. §. contractum. ff. de V. S.* Aliud ergo est ipsa depositio, aliud depositionis obligatio, quæ continet omne id, quod ex contracto deposito debetur. *l. propter. 5. in fin. C. depos.* & ipsa depositionis obligatio parit actionem, qua id, quod ex contracto deposito debetur, peti potest. *per l. licet. 42. §. ea obligatio. ff de procurat.*

3 Ipsa rei depositio definitur tum personis, quæ rem deponere possunt, & apud quas deponi res potest: tum rebus, quæ possunt deponi: tum denique modo deponendi rem aliquam.

4 Possunt autem deponere, & apud se deponi permittere omnes, qui intellectum habent, & consentire possunt: (a) non etiam infantes, (b) furiosi, (c) dementes. (d)

a) Contractus enim omnes consensum requirunt. *l. 1. §. conventionis, ff. de pact. l. in omnibus 55. ff de O. & A.* (b) *§. pupillus 10 Inst. de inutil. stip. l. 1. §. huic proximus 13 ff. de oblig. & action. l. in negotiis 5. ibi. qui fari possunt ff de reg jur.* (c) *l. 1. § furiosum. 12 ff. d t. l. 5. l. furiosi. 40 ff. de reg. jur.* [d] *§ furiosi. vers sed & mente capitis. Inst de curator. §. quarationc. Inst. de pupill substit.*

5 Apud pupillum quoque, itemque minorem, & prodigum, sine tutoris authoritate, & curatoris consensu inutiliter deponitur. Non enim ex depositio civiliter obligantur, nisi in quantum locupletiores facti fuerint, vel dolum commiserint.

l. 1. §. An in pupillum ff. depos l. quod pupillus ff. de condict. indeb. l. pupillus 59 ff. de oblig & action. & l. si curatorem. 3. C. de in integr. restit. min. l 1 & 2. C. si adverss. cred. Gœdd. *tr. d. contrab. & committ. stipul. c. 7. concl. 10. num. 126.*

6 Quod attinet res, quæ deponi possunt, nihil interest, suam quis, an alienam rem deponat. Nam & fur rem furtivam, & latro spolia sua apud aliquem rectè deponit: [a] nisi depositarius ille dominus fuerit rei depositæ. [b] Quin & animal, veluti equus, & homo, deponi potest. [c]

a) *l. 1.*

a] *l. 1. §. Si prædo vel fur. & l. bona fides. 31. §. 1. ff. depoſ.* [b] *l. qui rem ſuam. 15. l. bona fides. 31. §. 4. in fin. ff. d. t. l. 45 ff. d. R. I.* [c] *l. 1. §. quæ depoſitis, & l. ſi plures. 14. §. 1. ff. eod.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 10. t. 5.*

Sed res immobilis deponi poſſit, nec ne, hodie in dubium vocatur. 7
Nos & hanc recipere depoſitum, non modo ſequeſtrarium, [a] ſed & vulgare, [b] planè arbitramur.

a) *c. Examinata, ibi, Eccleſiam ſequeſtratam, extr. de judic. & cap 2. extr. de dol. & contum. l. ſi cum dotem, 22. §. fin autem ff ſolut. matrimon.* (b) deponere enim nihil aliud eſt, quàm rei cuſtodiam alicujus fidei committere ſive commendare, *l. 1. in princip. ff. depoſ l. commendare. 136. ff. de verborum ſignific.* ſed rei quoque immobilis eſt cuſtodia. *l. 3. in fin. ff. de acquir. vel amit. poſſ. l. ſi vendita, 11. ibi, in inſula cuſtodienda ff de pericul. & commod. rei vendit. l. dominus. 55. in princ ff. locati.* Facit quod & commodatum conſiſtit in re immobili. *l. 1. §. 1. ff. commodat.* in quo ipſo etiam cuſtodia præſtanda eſt. *l. 5. §. cuſtodiam planè. ff. comm.* Amplectitur quoque hanc ſententiam Doctiſſ. Gœdd. *ad rubric. extr. de ſequeſt poſſ. & fruct. n. 10. & ſeqq. & ad l. ſequeſter 110. num. 1. ff. de verb. ſignific.* Plebſt. *diſput. 2. ad Ius Wurt. theſ. 16.* Dn. Hunn. *in variat. reſolut. tract. 3. part. 4. quæſt. 1.* Matthias Stephani. *cent. 3 quæſtion. 31.* Diſſ. Dn. D. Beſold *part. 2. delibat. ad lib. 16. ff. quæſt. 4.* Cludius. *tract. de ſequeſtrat. cap. 1. num. 19. & cap. 8. num. 2.* Arum. *exercit. 12. theſ. 14.* Hackelm *illuſtr. quæſtion. diſput. 9. theſ. 13.* Coler. *de proceſſ. execut. part. 1. cap. 2. num. 67. & numer. 104.*

Quod ad modum deponendi rem attinet, res deponitur vel ſimpliciter, nulla appoſita certa lege, ſive pactione; vel adjecta certa aliqua pactione: veluti ut depoſitarius rem depoſitam certo loco exhibeat: *(a)* vel ut depoſitori culpam quoque levem, aut etiam leviſſimam, item caſum fortuitum præſtet. *(b)* 8

a) *l. Ei apud quem. 5. §. 1. ff. depoſ.* (b) *l. 1. §. ſi convenit. & §. ſæpè.* ubi Bartol. *ff. dict. titul. l. 5. § nunc videndum. ff. commod. l. contractus. 23. ff. de regulis juris c. 2. extr. de depoſ.*

Solet quandoque depoſitioni quantitatis, veluti pecuniæ, hæc apponi lex, ut tantundem reddatur, & uſuræ præſtentur. 9

l. Lucius Titius 24. l. die ſponſaliorum 25. § 1. & l. ſeq §. Lucius Titius, l. ſi ſacculum 29. § 1 ff depoſ. l. in navem 31. verſ. idem juris eſt. ff. locati. vide Cujac. *in Comment. in libr. 9. quæſt. Papinian. pag. 206 & ſeq & in Comment. in lib. 3 reſponſ. Papinian pag. 111. in explicat, l. 25. ff depoſit. & lib. 7. obſervat. cap. 39.* Connan. *libr. 3. Comment. cap. 4.* & Duaren. *ad hunc tit. depoſ. cap. 4.*

10 Similiter & litigatores solent quandoque rem, de qua controversia est, apud aliquem deponere, hac certa conditione, ut ei, qui vicerit, reddatur: qualis depositio appellatur sequestratio, & is apud quem ita res deponitur, sequester vocatur.

l. Sequester 110. ff. de verb. significat. l. ei apud. 5. §. 1. l. propriè. 6. l. hominem 7. in princip. l. si in Asia 12. §. cum sequestre, l. licet 17. ff. depos. tot. t. extr. de sequest. poss. & fruct. & clem. un. tit. eodem.

11 Dicitur autem sequester à sequendo, non tamen, quod ipsi depositores, qui sequestrò deponunt, fidem ejus sequantur, sed quod ipse sequester quasi sequatur eos, qui de re contendunt, paratus eam restituere illi, cui ex lege depositi ipsam reddi oportet.

Dict. l. sequester 110. ff. de verb. significat. vide Iohan. Gœdd. *ad dict. Rubr. extr. de sequest. possess. & fruct num. 4. 5. & 6.* Cludium *in tract. de sequestrat. cap. 1. num. 6. & mult. seqq.*

12 Quia verò sequestratio species est depositi, ratione generis sui, non ex propria appellatione, nominatus est contractus: quippe cum sequestrantibus, impleta depositionis lege, non aliam, quàm depositi actionem pariat.

Dict. l. ei apud quem. 5. §. 1. l. propriè 6. l. si in Asia 12. §. cum sequestre. 2. ff. depos. l. si quis 9. §. si oleum, ubi Cujacius, *ff. de dolo, l. si apud 18. ff. de præscript. verb.*

13 Sequestratio autem ab Interpretibus *(a)* perperam diducitur in voluntariam sive conventionalem, & necessariam sive judicialem. *(b)* Nos eam dispertimur in propriam, & impropriam, sive quasi sequestrationem. Propria sequestratio est, cum utraque controvertentium pars, eandem rem controversam in solidum deponit: impropria sive quasi sequestratio est, cùm res non in solidum à pluribus sequestrò deponitur. *(c)*

a) Vide Coras. *lib. 3. miscel. cap. 2.* Mynsing. *centur. 5. observat. 35.* Gail. *tract. de arrest. cap. 12. num. 1.* Cludium. *d. sequestrat. cap. 3. num. 1.* Hackelman. *illustr. question. 9. thes. 14. lit. A.* Gilken. *ad tit. C. d. prohib. sequestr. pecun. num. 2.* Coler. *de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 55.* Iacob. de Arena. *tractat. de sequestr. num. 2. & 3.* (b) Nam omnis sequestratio, etiam ea, quam necessariam vocant, conventionalis, & voluntaria est, si spectes sequestrantem & sequestrem, etiam cùm judex alterutra parte invita sequestrat. Est item quandoque conventionalis sequestratio necessaria, ut in casu *l. postquam. 5. §. 1. vers. sed si. ff. ut legat seu fideicom. nom.* Interdum etiam ipsa sequestratio, si partes litigantes spectes, neque conventionalis est, neque judicialis, uti arguit, *l. jubemus 16. C. de erogat. milit. annona, lib. 12.* (c) *l. propriè. 6. ff. depos. l. sequester 110. de*

Digitized by

de verb. ſignific. Cujac. *in lib. 2. Pauli ad edict. pag. 25. 26. & 27.* Impropriam ſequeſtrationem *Specul. lib. 4. tit. de ſequeſtr. poſſ & fruct. num. 7.* quaſi ſequeſtrationem appellat. Negotium enim quod non eſt proprium, quaſi negocium jura appellant, *tot. tit. Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſc.*

Sed dubia eſt quæſtio, an poſſeſſio in ſequeſtrem tranſeat, nec ne? 14
Nos eam haud tranſire, niſi id nominatim actum ſit, aſſerimus.

l. Intereſſe 30. ff. de acquirend. vel amitend. poſſeſſ. l. licet 17. §. 1 ff. depoſ. Cludius *de ſequeſtrat. cap. 9. num. 25. & ſeqq.* Hackelman. *illuſtr. quæſtion. diſput. 9 theſ. 15. lit. A.* Coraſ. *lib. 3. miſcel. cap. 2. num. 11. & ſeqq.* Cujac. *9. obſerv. 33. & in Comment. in d. libr. Paul. ad edict. pag. 26. colum 2.* Gœddæ *ad cap 1. num. 115. & ſeqq. extr. de ſequeſtr. poſſ. & fruct.* Dn. D. Beſold. *part. 2. delibat. ad lib. 16. ff. quæſt. 5.* Diſtinguit Molinæus *ad conſuetud. Pariſienſ. tit. 2. gloſſ. 1. verb. arreſt. num. 26.* Gail. *lib. 1. obſerv 5. nu. 10. & obſerv. 184. n. 9. & in tract. de arreſt. cap. 12. num. 6.*

Sequitur de obligatione, quæ ex rei depoſitione naſcitur. Eaque 15
duplex eſt: directa & contraria. *(a)* Directa depoſiti obligatio eſt, qua depoſitori quid præſtare depoſitarius tenetur. *(b)* Eamque duo afficiunt; debitum, quod ex contracto depoſito natum eſt, *(c)* & actio, qua debitum illud depoſitor perſequi poteſt. *(d)*

a) *Per l. ei apud quem. 5 in princ. ibi, contrarium judicium depoſiti, ff. depoſ.* Directa obligatio appellari etiam poteſt principalis, *argum. l. in commodato 17. §. 1 ff. comm.* (b) *§. præterea & is. Inſt. quib. mod. re contrahit obligat. l. 1. §. is quoque apud quem, ff de obligat. & act.* (c) *l. 5. C. depoſ §. 1. Inſtit. de obligat.* (d) ut contractus obligationem, ſic obligatio actionem parit. *l. licet 42. §. eſt obligatio, ff. de procurat.*

Debitum autem, ad quod præſtandum depoſitori depoſitarius te- 16
netur, eſt tum cura rei depoſitæ, tum ejuſdem rei tempeſtiva reſtitutio.

Donell. *lib. 14. Comment. cap. 3. pag. 221. & ſeqq.*

Cura autem in eo conſiſtit, ne depoſitarius quid dolo, vel lata 17
culpa faciat, aut fieri patiatur, quo res depoſita, vel pereat, vel deterior fiat.

l. 1. §. ultim. l. ſi hominem. 7. in princ. l. ſi fine. 20. & l. quod Nerva 32. ff. depoſ. l. 1 §. is quoque apud quem. 5. ibi, magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere, ff. de oblig. & act. l. contractus 23. ff. de reg. jur. Treutler. *vol. 1. diſput. 26. theſ. 2. lit. C.*

Quòd ſi depoſitarius ſe obtulerit depoſito, præter dolum & culpam 18
latam præſtat etiam culpam levem, & leviſſimam.

Dict. l. 1. §. ſæpè evenit. 35. ubi Bartol. *ff. depoſit. l. 5. §. nunc videndum,*

dum, vers. nisi fortè, ff. commod. Dissentit Cludius. *tract. de jure sequestrat. cap. 11. num. 11.*

19 Si quoque depositarius pro rei debitæ custodia honorarium acceperit, levis culpæ præstationi se illigasse censetur.

Cap. 2. extr. de deposit. d. l. si ut certo. 5. §. nunc videndum 2. vers. nisi forte, ff. commod. Hoc tamen casu magis locatio est quam depositio. *l. 1. §. si quis. 9. ff. deposit.*

20 Similiter si convenerit, ut in depositio & culpa levis, vel etiam levissima præstaretur, rata ea est conventio.

L. 1. § Si convenit. & § sæpè 35. ff. depos. d. l. si ut certo. 5. §. nunc videndum, ff. commod. l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. jurisgentium. 7. § sed & si quis. ff. de pact.

21 Casum autem fortuitum, (*a*) nequidem præcedens culpa (*b*) in depositarium divertit, nisi cùm depositarius etiam culpam præstare tenetur. (*c*)

a) *l. 1. §. Sæpè evenit, & l. si plures 14. §. 1. ff. depos.* (b) quia de culpa depositarius regulariter non tenetur, vide Iohan. Vaudum *lib. 2. variar. quæst. cap. 33.* (c) *cap. 2. extr. de depos.*

22 Si tamen depositarius judicii accipiendi tempore depositum reddere potuit, nec reddidit, rei periculum ipsius est; (*a*) nisi ea res sua natura ante rem judicatam interciderit, veluti si animal depositum mortuum fuerit. (*b*)

a) *l. Si in Asia 12. §. ult. ff. depos.* (b) *l. si plures 14. ff. d. t.*

23 Si item quantitas deposita sit, ut tantundem reddatur, casus fortuitus ad depositarium pertinet.

l. Incendium 11. C. si cert. pet. vid. supra hac disp. th. 9.

24 Succedit restitutio rei depositæ tempestiva, ubi dispiciendum, quæ sit tempestiva restitutio, quid item sit restituendum. Est autem restitutio tempestiva alia in simplici & vulgari depositio, alia verò in sequestratione.

25 In simplici & vulgari depositio tempestiva restitutio arbitrio depositoris æstimatur: quocunque enim tempore depositum sibi reddi petit depositor, restituenda est res deposita, etiamsi convenerit, quo tempore depositum reddi debeat.

l. 1. §. Si deposuero 45. ubi Bart. Castrens. & Petrus Costal. *item §. est autem, & l. ult. ff. depos.* idem Costal. *ad l. in commodato 17. §. sicut autem, ff. commod. ad l. licet 17. ff. depos.*

26 Est autem depositum eo loco restituendum, ubi sine dolo malo depositarii est: nisi depositor suis impensis alibi reddi velit, [*a*] aut convenerit inter partes, quo loco restitui debeat. [*b*]

a) *l. Si*

Digitized by Google

a] *l. Si in Aſia 12. in pr. & §. 1. ff. depoſ. l. cùm res 47. ff. de leg. 1. l. quod legatur 38. ff. de judic.* Donell. *lib. 15. Comment. c. 13.* [b] *l. ei apud quem 5. §. 1. ff. depoſ. l. 3. l. in bona fidei. 7. & l. is qui certo. 9. ff. de eo quod cert. loco,* Donell. *d. c. 13. lib. 15. Comment.*

In ſequeſtratione reſtitutio tempeſtiva eſt, ſi ea fiat controverſia finita, [a] & quidem eo loco, ubi ex conventione res reddi debuit. Quòd ſi de pluribus locis convenit, in arbitrio ſequeſtris eſt, quo loco exhibeat, ſed ſi nihil convenit, denunciandum eſt ei, ut apud Prætorem exhibeat. [b] 27

a] *l. Si quis affirmavit. 9. §. ſi oleum, ff. de dolo, l. proprie. 6. ff. depoſ.* Coſtal. *ad l. 1. §. ſi depoſuero, & ad l. licet 17. in pr. ff. depoſit.* [b] *l. ei apud quem. 5. §. 1. ff. d. t. vide diſp. ſeq. th. 16.*

Interdum tamen ex juſtiſſima cauſa, & interveniente judicis authoritate, etiam ante finitam controverſiam, ſequeſter officium ſuum deponere poteſt. 28

d. l. Ei apud quem. 5. §. ult. ff. depoſ. vide *diſp. ſeq. th. 15.*

Eſt autem reſtituenda ea ipſa res, quæ depoſita eſt, [a] niſi quantitas, veluti pecunia, ſit depoſita, & convenerit, ut tantundem redderetur: tunc enim eadem quantitas in genere eodem redditur. [b] 29

a] *§. Præterea & in. 3. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. l. 1. §. is quoque apud quem, ff. de oblig. & act.* [b] *l. Lucius. 24. l. die. 25. §. 1. l. ſi ſacculum 29. §. 1. ff. depoſ. l. in navem. 31. ff. locat.*

Quòd ſi depoſitarius ob contumaciam nolit depoſitum reſtituere; vel ejus dolo, aut lata culpa res depoſita perierit, ut reſtitui nequeat, officio judicis juſiurandum in litem depoſitori deferri poteſt, ut ejus arbitrio rei precium ſtatuatur. 30

l. 1. §. In depoſiti, ff. depoſ. leg. 2. §. 1. l. tutor. 8 ff. de in litem jurand. l. 2. C. d. t.

Et non ſolùm res ipſa principalis reſtituendâ eſt, ſed & ejus fructus, & omnis cauſa, itemque partus, [a] uſuras etiam depoſitæ quantitatis depoſitarius debet, non modò poſt moram, ſed etſi ab initio de iis præſtandis convenit. [b] 31

a] *l. 1. §. Et ideò & fructus. ff. depoſ.* [b] *d. l. Lucius 24. in fin. l. die ſponſaliorum 25. §. 1. & l. Publia. 26. §. Lucius Titius, l. ſi ſacculum 29. §. 1. ff. dict. tit. l. 4. C. eod.* vide Cujacium *in Comment. in lib. 9. quæſt. Papinian. pag. 220. & ſeqq.*

Et ſi ciſta ſignata ſit depoſita, etiam rerum nomine, quæ in ea ſunt, depoſitarius tenetur, [a] de quibus ſi fuerit incertum, juranti ſuccurritur, ubi depoſitarius ciſtam reſignaverit. [b] 32

a] *l. 1. §. Si ciſta, ff. depoſ.* [b] *d. l. 1. §. ſi quis argentum, verſ. ſalvo*

eo, & Costal. *in d. §. ista, ff. d. t.* Hippolyt. de Marsil. *ad rubr. C. de probation. n. 134. pag. 53.*

33 Actio, qua depositor hujusmodi potest persequi depositum, est actio depositi directa: [a] qua si agatur, & depositarius in lite inficiatus sit, apud se rem esse depositam, si tumultus, incendii, ruinæ, vel naufragii causa res deposita sit, depositarius convictus in duplum condemnatur, non etiam ejus heres, [b] nisi de hujus dolo agatur. [c]

a) *Rubr. ff. & C. depos. vel contra, & l. ei apud quem. 5. in pr. ff. d. t.* (b) *l. 1. §. 1. cum seqq. & l. de eo quod tumultus 18. ff. eod.* (c) *§. plane si depositi, Inst. de action. & dict. l. 1. §. 1. ff. depos.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 10. t. 9.*

34 Huic actioni & jus vetus, (*a*) & legislatio Iustinianea (*b*) compensationem objicere vetat. Iuris quoque authoritas non patitur, ut reposcenti depositum exceptio non numeratæ, vel non datæ rei, pecuniæve objiciatur, si depositi ex scripto agatur, (*c*) vel de ut depositoris creditor restitutioni rei depositæ moram adferat. (*d*)

a) *Iul. Paul. lib. 2. sentent. t. 12.* ubi Cujacius & Balduin. *in Iustin. pag. 150.* (b) *l. penult. C. depos. & l. ult. C. de compens.* (c) *l. penult. C. depos. l. in contractibus 14. §. 1. C. de non num. pecun.* Dn. D. Besold. *part. 2. delibat. ad lib. 16. ff. quæst 3.* Arumæ. *Exercit. 12. thes. 16.* Sebast. Medices. *de compens. part. 1. quæst. 19.* (d) *Novell. 88.* ubi Cujac. idem Cujacius *in Paratit. C. h. t.* vide Balduin. *in Iustin. pag. 151. & seq.*

35 Quæritur, an hæc actio per matrem ejus filio quæratur? Et verius est, non acquiri.

Ant. Faber. *1. conjectur c. 4.*

36 Condemnatus autem hac actione, confestim rem restituere tenetur, (*a*) nec indulgetur illi quadrimestre tempus. (*a*) Et suo nomine condemnatus, infamis efficitur. (*c*)

a) *l. 1. §. Est autem. 22. ff. depos.* (b) *l. pen. ibi illico modis omnibus compellatur. C. eod.* Wurmbser. *lib. pract. observ. t. 23. observ. 1.* Quod tempus aliis debitoribus ad judicatum solvendum est indultum, *l. 2. C. de usur. rei judic.* (c) *l. qui depositum 10. C. depos. l. 1. ff. de his qui notant. infam.*

37 Quòd si depositore invito rem depositam contrectârit depositarius, & hæc depositi & furti actio, (*a*) itemque condictio furtiva (*b*) competit. Potest quoque depositor rem suam depositam rei vindicatione repetere. (*c*)

a) *l. Si fusculum 29. in pr. ff. depos.* (b) *l. si quis inficiatus. 13. §. 1. ff. dict. tit.* (c) *l. 1.* & ibi Sichard. *num. 2. C. eod. & l. officium. 9. ff. de rei vindic.*

Restat

Reſtat contraria depoſiti obligatio, qua depoſitario ad quaſdam 38
præſtationes depoſitor aſtrictus eſt. Et in hac ſimiliter ſpectamus tum debitas illas præſtationes; tum actionem, qua depoſitarius ejuſmodi præſtationes perſequi poteſt.

Debitæ illæ præſtationes ſunt, quibus depoſitario de indemnitate 39
conſulitur, (a) ut ſunt neceſſariæ impenſæ in rem depoſitam factæ, (b) & ſi quod damnum occaſione rei depoſitæ perpeſſus ſit depoſitarius, interveniente dolo, lata, vel levi culpa depoſitoris. (c)

a) *l. Et apud quem 5. in pr. l. ſi in Aſia. 12. ff. depoſ.* ibique Weſenbec. *in paratitl. num. ult.* (b) *l. ſi ſervus communis 61. §. quod verò. ff. de furt.* Cujac. *in tract. ad Afric. 8. mihi pag. 437. & ſeq. in explicatione dict. §. quod verò.*

Actio, quâ depoſitarius perſequi poteſt debitas illas præſtationes, 40
eſt depoſiti contraria actio, ſive contrarium judicium, in quo non juratur in litem, ut in directa actione: (a) neque in eo damnatum infamia ſequitur. (b)

a) *l. Et apud quem. 5. in pr. ff. depoſit.* (b) *l. furti 6. §. ult. ff. de his qui not. infam. § ex quibus, Inſtit. de pœn. tem. litig.* Oldendorp. *de action. claſſ. 4. action. 23. fol. mihi. 676.* Schneidevvin. *Inſtit. quibus modis re contrah. obligation. numer. 21.*

Clas. II. Disputat. XI.

De Jure Sequestrationis.

Thesis I.

Sequeſtratio eſt depoſitum rei cujuſdam, de qua inter aliquos con- 1
tentio eſt, donec ea finiatur. (a) Eodemque ſenſu dicta eſt ſequeſtrum, (b) à quo plurimum differt, ut arreſtum: (c) Sic & pignoratio. (d)

a) *l. Et apud quem. 5. §. 1. l. 6. & 7. l. ſi in Aſia. 12. §. cùm ſequeſtre. 2. l. licet*

Digitized by Google

l. licet 17. ff. depoſiti, l. ſequeſter 110. ff. de verb. ſign. element. unic. de ſequeſtrat. poſſeſſ. & fruct. & tot. eod. Tit. in Decretal. Vide Oldendorp. *in Enchirid except. ſequeſtri, mihi pag 92. fac. 2. & pag. ſeq.* (b) *l. ult. ibi, in ſequeſtro eſſe oportet. C. quibus ad libertat. proclam. non licet, l. ab executione 5. ibi, & ſequeſtro idoneo collocetur, &c. junctis verb. in depoſito collocentur. Cod. quorum appellat non recip.* (c) vide Molin. *in conſuetud. Pariſ. part. 2. §. 52. gloſſ. 1. in verb arreſto, num. 3.* ubi in fine dicit, quod arreſtum non ſit vera ſequeſtratio, ſed habeat inſtar ſequeſtrationis. Eſt enim arreſtum impedimentum ſive interdictum, ne res aut perſona loco, aut ſtatu ſuo moveatur. De horum differentiis vid. Dn. Harpprecht. *ad §. 3. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. num. 50. & ſeqq.* Berlich. *p. 1. concluſ. 50. & 51.* Molin. *ibid. num. 1.* Petr. Peck. *in tract. de Iure ſiſtendi, c. 1. num. 4. de prohibito arreſto* vide conſtitutionem Imperii Spiræ *promulgatam, Anno 70. verſ. item* auch die *arreſta.* In den Reichs-Abſchiden/ *pag. 23. fac. 2.* (d) vide Andr. Gail. *lib. ſingul. de pignor. obſervat. 1. numer. 4. 5. & 6.*

2 Apud quem res ejuſmodi deponitur, eum Iuris conditores ſequeſtrem, itemque ſequeſtrum appellant; qui ita appellatur, quod quaſi ſequatur eos, qui de re contendunt, paratus eam reſtituere patri alterutri, cui ex lege depoſiti ipſam reddi oportet.

d. l. Sequeſter 110. ff. de verb. ſignificat. & l. 5. C. depoſiti. præcedent. diſp. th. 11. Ego *in Comment. ad §. præterea. 3. Inſtit. quibus modis re contrah. oblig. num. 65.*

3 Triplex autem circa ſequeſtrationem inſpectio incurrit: Una de rebus, in quas ſequeſtratio cadit: Altera de Iure ſequeſtris: Tertia de ſequeſtrationis ſpeciebus.

4 Res ſequeſtrantur non tantùm mobiles, (*a*) ſed & immobiles, (*b*) & quæ immobilibus connumerantur: ut beneficium, (*c*) cæteræque res incorporales: (*d*) quales res omnes etiam in commune & vulgare depoſitum cadere, (*e*) contra communem Doctorum ſcholam aſſerimus. (*f*)

a) *l. Si fidejuſſor. 7. §. ult. ff. qui ſatisdar. cogunt.* (b) Cammer-Gerichts-Ordnung / *part. 2. cap. 21. §.* Ob auch / *c. examinata. ibi, Eccleſiam ſequeſtratam, extra de Iudic. & c. 2. extra, de dolo & contumac l. ſi cum dotem 22. §. ſin autem, ff. ſolut. matrim.* (c) *Clement. unic. Tit. de ſequeſtr. poſſeſſ. & fruct. & cap. 2. extra de dolo & contum. d. c. examinata extra de Iudic.* (d) Nam Ius quoque veluti habitatio cuſtodiri poteſt: quippe cum commodari poſſit, *l. 1. §. 1. ff. commodati.* Et quod Iuris ſequeſtratio ſit, oſtendit Guido Papæ, *quæſt. 246. in princ.* Iudex *inquit*, non debet ad ſequeſtrationem alicujus rei vel Iuris procedere, niſi quatuor concurrentibus.

bus. (e) *præcedent. disput. thes. 7.* (f) Res enim immobiles custodiri dicuntur, *l. 1. §. 1. juncta, l. 3. § custodiam, ff commodati, l. si vendita 11. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Et depositum in custodiâ rei tradi. æ consistit, *l. 1. in princ. ff. depositi.*

Ex constitutione tamen Ferdinandi Imp. res incorporales non tan- 5
tùm sequestrantur, sed quandoque etiam earum quasi possessione, in casu, quo vera possessio ob metum armorum sequestrari potest, ipsis partibus immediatè Imperio subjectis, à Iudice Camerali competente interdicitur.

Ordinat. Camer. *part. 2. tit. 21. §.* Ob auch in obberhürten / ꝛc. Roding. *Pandect. Camer. lib. 3. tit. 17.*

Ius sequestris est quod ipsa sequestratione sequestro compa- 6
ratur.

Idque consistit tum in possessione, & rei custodia; tum in officii se- 7
questrarii depositione.

Regulariter quidem nulla sequestratione possessio rei in seque- 8
strem transfertur, *(a)* licet Dd. errore involuti, secus opinentur: si tamen expressè & nominatim actum sit, ut possessio transeat, tunc sequester, rem sequestrò apud se collocatam, possidet. *(d)*

a) Depositum enim, cujus species est sequestratio, non transfert possessionem in depositarium, *l. officium 9. in fin. ff. de rei vindicat. §. possidere autem videtur. Inst. de interdict.* Vide allegatos *præcedent. disput. thesi 14.* (b) *l. licet 17. §. 1. ff. depositi, l. interesse 39. ff. de adquirenda vel amitt. possess.* Coler. *de process. execut. part. 3. cap 11. num. 1. 2. & 3. pag. 702. in fin. & pag. seq.* Coral. *lib. 3. Miscell. cap. 2. num. 14. & 15.* Cujac. *lib. 9 observat. cap. 33.* Et potest Iudex etiam nominatim & expressè possessionem litigiosam sequestrare, *cap. 2. ibi possessionem sequestrari fecisti, extra de dolo & contumac. & cap. 1. ibi possessionem pro suo arbitrio sequestrari præcipit. extra de sequestrat. possess. & fruct.* Vide me *in Commentar. ad §. præterea. 3. Inst. quib. mod. re contrah. obligat. num 79.*

Ad custodiam quod attinet, ea hic non nuda est, sed cum quadam 9
rei cura est conjuncta

Clement. unic. ibi, quæ plenam de ipso, & debitam curam gerens, tit. de sequestrat. possess. & fruct. Fürstl. Würtenberg. Ernewert Landtrecht/ *part. 1. tit. 80. §.* Vnd welcher / *fol. 230.* Angelus *in l. si idem fidejussor, §. satisdatum num. 2. ff. Qui satisdar cog.* Hieronymus de Gigant. *Tractat. de pensionib. quæst. 72. num. 2.* scribit, quod sequester plenam curam habere debeat de beneficio: facit, quod sequester etiam curator bonorum dicitur *in l. 1. § si frater cavere non possit, ff. de collat. bonorum.*

Non solùm enim sequester rem sequestratam, ejusque accessiones 10

bona fide, & ad eum modum, quem hominum natura desiderat, custodire tenetur, (a) sed fructus rei sequestratæ percipere, (b) quæque moram contentionis non ferunt, sed tempore sunt peritura, bona fide distrahere, ac precium loco rei conservare tenetur. (c)

a) *l. 1. in fin. l. quod Nerva 32. l. si hominem 7. in princ. ff depositi, l. 5. §. 2 ff. commodat.* (b) *l. si cui, 5 §. qui legatorum, ff. ut in possess legat.* & facit, quod est curator bonorum sequestratorum *l. 1. §. si frater 10. ff de collat bon.* Vide Molin. *in consuet. Paris. tit. 2. §. 52. gloss. in verb. arrest. num. 14.* (c) *l. 1ribus 20 §. Sin autem. Cod de agricol. & censit. lib. 11. l. si Magistratus 27. ff. de reb. autor. Iudic. possid. l. ult. §. 1. ff. de requir. reis dict. l. 5. §. qui legatorum ff. ut in possess. legator. l. 5. §. ult. ff. ut legator. seu fideicommiss. nom.* Angel *in l. un. num. 2. C. de prohib. pecun. sequestrat.* Curt. *in Tractat. de sequestris, num. 77.* Sichard. *in d. l. un. num. 17. C. de prohib. sequestrat. pec.* Iacob. de Arena *Tractat de sequestris, num. 19.*

21 Quin & utiles actiones pro re sequestrata exercere sequester potest.

Dict. l. 5. §. 1. verf. sed si nec ipse, ubi Bartol. *ff. ut legator, seu fideicommissor. nomin. in possess.* Sichard. *in d. l. unic. num. 17. C. de prohibit. sequestrat pecun.* Vnde si amittat sequester possessionem rei sequestratæ, ad ipsam recuperandam habet actionem, utilem scilicet rei vindicationem vel Publicianam in rem actionem; item si datum sit damnum in re sequestrata, habet utilem legis aquiliæ actionem: Bartol *in l. interesse. in fine, ff. de adquirend. possess.* Iacob. de Arena. *Tractat. de sequestrat. num. 18. de utili & directa actione.* Vide *l. actio 47. §. 1. ff. de negociis gest.* Vide Cujacium *lib. 15. observat. cap. 11.*

22 Potest etiam sequester rem sequestrō depositam locare, (a) & pensionem (b) cæteraque debita illius rei nomine solvere tenetur. (c)

a) Bald. *in l si fidejussor §. fin. num. 3. ff. qui satisdar. cog.* (b) Hieronymus de Gigantis *tractat de pensionib. quæst. 72. num. 4.* (c) Oldendorp. *in Enchirid. except. in except sequestri mihi fol. 93. fac. 1. in fine.*

23 Hic non inconvenienter in dubium vocatur, an is, qui Ecclesiæ vel Iuris patronatus sequestrum habet, vacante sacerdotio jus præsentandi aut conferendi habeat? Et nos contra quosdam affirmativam quasi fixam positamque defendere conabimur.

Glos. in Clement. unic. titul. de sequestrat. possess & fruct. Vide Coras. *lib. 3. Miscel. cap. 2. num. 16. & seq. Decis. Rotæ 324. in antiquis*, Baptist. à Villalobos *in communibus opinionibus in litera S. num. 52.* Lambertin. *de jure patronatus. quæst. 9. artic. 3. libr. 7. part. 2.* Hieronymus de Gigantis *Tractat. de pensionibus quæst. 72.* Ratio est, quia hoc Ecclesiæ vel maximè

Digitized by Google

mè favorabile est, ne gregem domini cum pastoris defectu rapax lupus invadat. *c. ne pro defectu, 12. extra de elect.* Et non debet Iustitia Ecclesiastica periclitari propter contentionem partium. *argum. cap. 1. extra de dolo & contumac.* Vide Cludium *de sequestrat. cap. 11. num. 27.* Gœdd. *ad. cap. 2 de sequestr. possess. & fruct. num. 59.* Hackelman. *illustr. quæstion. disput. 9. thes. 16 lit. B.*

Eadem ratione sequester Statum imperii repræsentans jus conferendi & exercendæ Iurisdictionis habere potest, si ipsi territorium alicujus status imperii sequestro datum sit. 14

Per eadem fundamenta præcedenti thesi adscripta.

Quantum ad sequestrarii officii depositionem, non potest suas partes sequester deponere, nisi justissima causâ, & judicis authoritate interveniente. 15

l. Ei apud quem. 5. §. fin. ff. depositi, juncta l. fin. §. sin autem, ibi, per suam interlocutionem creditorem ex pecuniis depositis accipere suum debitum, Angel. *in l. unic. num. ultim C. de prohibita, sequestrat, pecun. concordat l. si quis. 27. §. qui mandatum. 2. ff. de mand l. Labeo ait. 3. §. tametsi. 1. & l. licet. 15. ff. de recept. qui arbitr. receper. l. sed & hæ. 35. §. pen. ff. de procurat.* Matthias Coler. *de proceff. execut. part. 3. cap. 11. num. 9. pag 704.* Etsi à partibus sequestratio facta sit, etiam iis denunciatio fieri debet, non autem si à Iudice, Bald. *in l. ult. num. 8. C. de bonis autor. Iudic. possidend. vide disput. præcedent. thes. 28.*

Et si cum sequestre convenit, ut certo loco rem depositam exhiberet, ibi exhibenda ea erit; quod si pluribus locis convenit, in arbitrio ejus est, quo loco exhibeat. Sed si nihil convenit, denunciandum est ei, ut apud prætorem exhibeat. 16

Dict. l. ei apud quem, 5. §. 1. ff. depositi. Vide Disput. præced. thes. 27.

Succedunt sequestrationis species. Sequestrationis autem divisionem à Doctoribus conflatam, qua sequestrationem in conventionalem sive voluntariam, & judicialem sive necessariam deducunt, ut non satis logicam *(a)* aliquatenus rejicientes, juris authoritatem secuti, sequestrationem in propriam, *(b)* & quasi *(c)* sequestrationem secamus. 17

a) *Vid. Disput. prox. præcedent. thes. 13.* Nam omnis sequestratio, etiam ea, quam necessariam vocant, conventionalis & voluntaria est, si spectes sequestrantem & sequestrem, etiam cùm Iudex alterutra parte invita sequestrat. Est item quandoque conventionalis sequestratio necessaria; ut in casu. *dict. l. postquam. 5. §. 1. vers sed si ff. ut legator, seu fideicommiss. nom.* & quandoque neque conventionalis, si ipsas partes litigantes spectes, neque judicialis, ut constat *ex l. jubemus per hanc. 16. Cod. de*

erogat. militar. annon. lib. 12. (b) *l. propriè 6. ff. depositi.* (c) Negocium quod non est proprium, quasi negotium Iura appellant, *tot. tit. Instit de obligat. quæ quasi ex contract. nasc.* Quasi sequestrationis meminit etiam Specular. *lib. 4. tit. de sequestrat. poss. & fruct. num. 7.* Nota, *inquit*, quod quandoque mulier de cujus matrimonio agitur, quasi sequestratur. *Vide infr. thes. 63.*

18 Propria sequestratio est, quâ utraque controvertentium pars eandem rem controversam in solidum deponit, (a) qualem sequestrationem nemo invitus recepisse dicitur. (b)

a) *Dict. l. propriè 6. l. licèt 17. ff. depositi, l. sequester. 110. ff. de verb. signific. l. si apud te 19. vers. non enim, ff. de præscript. verb. lib. 14. Βασιλικῶν de sequestru. mihi fol. 155. ubi dicitur,* μεσεγγυητὴς ἐστι κύριος ὁ πιπράσκων εἰς ἀλόκληρον πρόσωπον πρᾶγμα ὑπὸ δηνάριον ὅρον ἢ φυλάξει καὶ ἀποδοῦναι, *id est*, Leunclajo interprete, propriè sequester est, apud quem plures in solidum rem deposuerunt, certa conditione custodiendam & reddendam. *Et cap. seq. dicitur:* τὸ μεσεγγυητὴν ἐκ τῶν μίσθων, ἀλλ' ἀπὸ παρελθούσης φιλοκερδείας ἀρτίως γινομένης. καὶ δοκεῖ εἰς ὁλόκληρον παραλήπτωσαν, *id est*, eodem Leunclajo interprete, apud sequestrem, non unus tantùm, sed plures deponunt: cùm aliqua res in controversiam deducitur, & in solidum unusquisque deponere videtur. (b) *l. si hominem 7. in princ. ibi, cùm posset non suscipere talem causam ff. depositi,* Iason. *in l. si fidejussor §. si satisdatum num. 3.* & idem etiam Bald. *num. 2. Qui satisdar. cogunt.* Franciscus Curtius. *in tract. de sequest.*

19 Ejus genera duo sunt. Est enim controversiæ, vel præter [a] judicium finiendæ, vel judicio terminandæ. [b]

a] *Arg. l. si apud te, 18. ff. de præscript. verb.* [b] *licèt nondum sit in judicium deducta, l. si quis 9. § si oleum. ff. de dolo.*

20 Prioris generis sequestratio fit, vel mero partium arbitrio, vel jussu competentis Magistratus.

21 Mero partium arbitrio fit sequestratio, veluti si conductor parte mercedis soluta; cum locatore instrumenta conductionis apud sequestrem spontè deponat, ut residua pecunia, quæ ex conductione debetur, soluta, eadem instrumenta à sequestro recipiat.

l. Propter 5. C. depositi.

22 Si item Mævius cum Titio pecuniam suam apud Sempronium deponat, ut eam idem Sempronius Titio det, si is fugitivum Mævii reduxerit.

d. l. Si apud, 18. ff. de præscr. verb.

23 Jussu competentis magistratus fit sequestratio, si emancipatus petita bonorum possessione de propriis bonis suo conferendis, cavere jubeatur;

tur; cavere autem non possit, & proinde suus, quod ex portione fratris emancipati consecutus fuerit, cùm is propria bona conferre cœperit, restituere velit, cavere jubeatur, neque ipse cavere queat, & propterea sequester jussu competentis magistratus eligatur, apud quem fructus deponantur.

l. Postquam. 5. § 1. vers. sicut. ff. ut legator. seu fideicommissor. nom. l. 1. §. si frater. l. 2. §. ult. ff. de collat. Cujac. *ad Iul. Paul. Receptar. sentent. lib. 1. Tit. 11. de satisdando. mihi fol. 22.*

Si item neque heres, à quo res legatæ vel fideicommissæ petuntur exactam, vulgarem, & communem cautionem præstare, neque adversarius ex rescripto D. Marci Antonini cavere queat; proindeque competentis magistratus arbitrio apud sequestrem deponenda sint. 24

d. l. 5. §. 1. vers. possessio autem ex rescripto, ff. d. t. Cujac. *d. loco.*

Posterioris generis propria sequestratio est, quâ agitur, ut res, quæ sequestratur, ei, qui in judicio superior futurus est, à sequestre restituatur. 25

d. l. Sequester. 110. ff. de verb. signif. d. l. proprie. 6. in princ. l. licet. 17. ff. depositi.

Atque hujus generis sequestratio est, si partes litigantes apud ipsum judicem, vel arbitrum compromissarium rem litigiosam deponant. 26

l. Litigatores, 11. §. quod ait. 2. ff. de recept.

Utriusque generis sequestratio parit vel actionem depositi sequestrariam, [a] vel præscriptis verbis actionem. (b) 27

a) *l. 5. §. 1. l. Si in Asia, 12. §. cum sequestre, 2. ff. depositi l. si quis 9. §. Labeo. ff. de dolo mal.* (b) *d. l. si quis affirmavit. 9. §. si oleum. 3 ff. de dolo. l. si apud te. 18. ff. de præscript. verb.* Bauman. *in tract. de sequestris. c. ult. num. 28. & seqq.*

Depositi actionem sequestrariam producit, si extitit conditio, sub qua res sequestrata est, veluti si decisione judiciali finem lis accepit, vel quid aliud, quod fieri placuerat, impletum sit. 28

d. l. Si quis affirmavit. 9. § si oleum. 3. ff. de dolo, Clement. un. ibi, alii restituat, qui finalem in causa victoriam obtinet, t. de sequestr. possess. & fruct. l. propter. 5. ubi gl. in jure convenire, C. depositi.

Et quidem directa competit ei, cui ex lege conventionis res sequestrata restitui debuit: Contraria verò ipsi sequestro. Et in utramque veniunt ea omnia, quæ communes & vulgares depositi actiones recipiunt, (a) atque insuper in directam, quæ officio sequestris incumbunt. (b) 29

a) *d. l. 5. In princ. & §. 1. l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. ff. depositi,*

erogat. militar. annon. lib. 12. (b) *l. propriè 6. ff. depositi.* (c) Negocium quod non est proprium, quasi negotium Iura appellant, *tot. tit. Instit de obligat. quæ quasi ex contract. nasc.* Quasi sequestrationis meminit etiam Speculat. *lib. 4. tit. de sequestrat. poss. & fruct. num. 7.* Nota, *inquit*, quod quandoque mulier de cujus matrimonio agitur, quasi sequestratur. *Vide infr. thes. 63.*

18 Propria sequestratio est, quâ utraque controvertentium pars eandem rem controversam in solidum deponit, (a) qualem sequestrationem nemo invitus recepisse dicitur. (b)

a) *Dict. l. propriè 6. l. licet 17. ff. depositi, l. sequester. 110. ff. de verb. signific. l. si apud te 19. vers. non enim, ff. de præscript. verb. lib. 14. Βασιλικῶν de sequestru. mihi fol. 155. ubi dicitur, μεσεγγυητὴς ἐστι κύριος ὁ παρακλιθεὶς εἰς ὁλόκληρον παρέσεται πρᾶγμα ἕως δὲ τοῦτο ἔχει καὶ φυλάττει καὶ ἀποδοῦναι, id est,* Leunclajo interprete, propriè sequester est, apud quem plures in solidum rem deposuerunt, certa conditione custodiendam & reddendam. *Et cap. seq. dicitur: τῷ μεσεγγυητῇ οὐκ εἷς μόνος, ἀλλὰ πλείους παρέθεντο φιλοκερδὴς δὲ αὐτῆς γενομένης. καὶ δοκεῖ εἰς ὁλόκληρον παραδεδόσθαι, id est,* eodem Leunclajo interprete, apud sequestrem, non unus tantùm, sed plures deponunt: cùm aliqua res in controversiam deducitur, & in solidum unusquisque deponere videtur. (b) *l. si hominem 7. in princ. ibi, cùm posset non suscipere talem causam ff. depositi,* Iason. *in l. si fidejussor §. si satisdatum num. 3.* & idem etiam Bald. *num. 2. Qui satisdar. cogunt.* Francisc. Curtius. *in tract. de sequest.*

19 Ejus genera duo sunt. Est enim controversiæ, vel præter [a] judicium finiendæ, vel judicio terminandæ. [b]

a] *Arg. l. si apud te, 18. ff. de præscript. verb.* [b] *licèt nondum sit in judicium deducta, l. si quis 9. § si oleum. ff. de dolo.*

20 Prioris generis sequestratio fit, vel mero partium arbitrio, vel jussu competentis Magistratus.

21 Mero partium arbitrio fit sequestratio, veluti si conductor parte mercedis soluta; cum locatore instrumenta conductionis apud sequestrem sponte deponat, ut residua pecunia, quæ ex conductione debetur, soluta, eadem instrumenta à sequestro recipiat.

l. Propter 5. C. depositi.

22 Si item Mævius cum Titio pecuniam suam apud Sempronium deponat, ut eam idem Sempronius Titio det, si is fugitivum Mævii reduxerit.

d. l. Si apud, 18. ff. de præscr. verb.

23 Jussu competentis magistratus fit sequestratio, si emancipatus petita bonorum possessione de propriis bonis suo conferendis, cavere jubeatur;

Digitized by Google

tur; cavere autem non possit, & proinde suus, quod ex portione fratris emancipati consecutus fuerit, cùm is propria bona conferre cœperit, restituere velit, cavere jubeatur, neque ipse cavere queat, & propterea sequester jussu competentis magistratus eligatur, apud quem fructus deponantur.

l. Postquam. 5. § 1. vers. sicut. ff. ut legator. seu fideicommissor. nom. l. 1. § si frater. l. 2. §. ult. ff. de collat. Cujac. *ad Iul. Paul. Receptar. sentent. lib. 1. Tit. 11. de satisdando. mihi fol. 22.*

Si item neque heres, à quo res legatæ vel fideicommissæ petuntur exactam, vulgarem, & communem cautionem præstare, neque adversarius ex rescripto D. Marci Antonini cavere queat; proindeque competentis magistratus arbitrio apud sequestrem deponenda sint. 24

d. l. 5. §. 1. vers. possessio autem ex rescripto, ff. d. t. Cujac. *d. loco.*

Posterioris generis propria sequestratio est, quâ agitur, ut res, quæ sequestratur, ei, qui in judicio superior futurus est, à sequestre restituatur. 25

d. l. Sequester, 110. ff. de verb. signif. d. l. propriè. 6. in princ. l. licet. 17. ff. depositi.

Atque hujus generis sequestratio est, si partes litigantes apud ipsum judicem, vel arbitrum compromissarium rem litigiosam deponant. 26

l. Litigatores, 11. §. quod ait. 2. ff. de recept.

Vtriusque generis sequestratio parit vel actionem depositi sequestrariam, [a] vel præscriptis verbis actionem. (b) 27

a) *l. 5. §. 1. l. Si in Asia, 12. §. cum sequestre, 2. ff. depositi l. si quis 9. §. Labeo. ff. de dolo mal.* (b) *d. l. si quis affirmavit. 9. §. si oleum. 5 ff. de dolo. l. si apud te. 18. ff. de præscript. verb.* Bauman. *in tract. de sequestris. c. ult. num. 28. & seqq.*

Depositi actionem sequestrariam producit, si extitit conditio, sub qua res sequestrata est, veluti si decisione judiciali finem lis accepit, vel quid aliud, quod fieri placuerat, impletum sit. 28

d. l. Si quis affirmavit. 9. § si oleum. 3. ff. de dolo, Clement. un. ibi, restituat, qui finalem in causa victoriam obtinet, t. de sequestr. possess. & fruct. l. propter. 5. ubi gl. in jure convenire, C. depositi.

Et quidem directa competit ei, cui ex lege conventionis res sequestrata restitui debuit: Contraria verò ipsi sequestro. Et in utramque veniunt ea omnia, quæ communes & vulgares depositi actiones recipiunt, (a) atque insuper in directam, quæ officio sequestris incumbunt. (b) 29

a) *d. l. 5. In princ. & §. 1. l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. ff. depositi,*

junctо, §. praterea. 3. Inst Quib. mod re contrahitur obligat. Vnde quicquid impenderit sequester in conservationem rei sequestratæ, computandum est sequestranti, non sequestro. Bald. *in l. ultim. num. 8. in fin.* & Angel. *ibidem in versic. fin autem. num. 2. ff. de reb. author. Iudic. possidend.*

30 Salarium tamen, si quod partes sequestro promiserunt, non depositi contraria actione sequester petit, sed tantum extraordinaria persecutione id exigere poterit.

Arg. l. 1. C. mandati. l. salarium. 7. ff. eod. t. vide Cujac. *in paratit. ff. de variis & extraord. cognit.*

31 Præscriptis verbis actionem parit depositum sequestrarium, si conditio depositionis haud impleta fuerit: veluti si alterutra litigantium pars judicium accipere nolit; & datur contra eam partem, per quàm stat, quò minùs ea conditio impleatur.

d. l. Si quis. 9. §. si oleum. 3. ubi Cujac. & Bald. *ff. de dolo malo*, Wesenb. *cons. 7. n. 7. part. 1. fol. 328, in fin.*

32 Et observandum hoc loco est, quod si pars alterutra faciat, quò minus sine mora conditio sequestrationis impleatur, tempus ei definiendum esse, intra quod de jure suo doceat.

Vide Angel. *in l. fidejussor. 7. § si satisdatum. 2. num. 3. ff. qui satisdare cogantur.*

33 Succedit quasi sequestratio, quæ est rei non in solidum à pluribus depositæ.

d. l Si apud 18. ff. de præscript. verb. & argum. l. propriè 6. ff. depositi. idem sentit contra Dd. Coras. *lib. 3. miscell. c. 2. n. 2.*

34 Eaque in tres discedit species. Aut enim fit à competente judice, (*a*) aut ab ipsis tantum partibus contendentibus, (*b*) aut ab erogatore stipendii militaris. (*c*)

(*a*) *Clement. unic. in verb. per Iudicem ordinarium sequestratur t. de sequestr. poss. & fruct.* (b) *l. litigatores, 11. §. quod ait prætor. ff. de arbitr. l. gratuitam, 17. §. fin. ff. de præscript. verb.* (c) *l. jubemus per hanc. 16. §. 1. de erog. militar. an lib. 12. vid. infr. hac disp. th. 111.*

35 Competens judex est, ad quem causæ illius controversæ cognitio spectat, atque ille vel apud se, vel apud tertium rem sequestrò deponere potest.

Gloss. fin. in l. Senatusconsulto. § fin. in verb. deponatur. ff. de offic. præsid. Bald. *num. 2.* Roman. Alexandr. & Iason. *in l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum. 2. ff. qui satisdar. cogantur.*

36 Sed hîc non immeritò quæret aliquis: Num judex ex officio cogere quem possit, ut sequestrum recipiat? Et quod ex causa possit cum Baldo, & nonnullis aliis opinamur. Bald.

Digitized by Google

Bald. *in l. 1. ff. ubi pupill. educar. debeat.* Franciſc. Curtius *tr. de ſequeſtr. num. 26.*

Sequeſtratio quæ fit à judice competente, exercetur vel utraque parte conſentiente, vel non conſentiente parte utraque. 37

Vtraque parte conſentiente; veluti ſi litigatores petant, vel ultrò patiantur, ut ipſe judex rem controverſam ſequeſtrò collocet: Atque talis ſequeſtratio de jure ſine dubio regulariter permiſſa eſt. 38

l. Vnic. ibi ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat. C. de prohibit ſequeſtr. pecun. Oldend. *in Enchiridio exceptionum, in exceptione ſequeſtri, mihi fol. 93. per l. intereſſe.* ubi Bart. *ff. de adqu. poſſeſſ.* Innocentius *in c. 1. verſ. primus caſus. de ſequeſtr. poſſeſſ. & fruct.*

Vnde ea conventio, qua agitur, inter creditorem & debitorem, ut ſi debitor certa die debitum non ſolvat, bona ejus judicis officio ſequeſtrentur, de jure valida eſt. 39

Ferrar. *in forma ſequeſtrationis ſive ſaxament. gl. 1. n. 4.* Dn. Rümelin. *part. 3. diſp ff. 8. th. 21.*

Non conſentiente parte utraque fit judicialis ſequeſtratio, ſi judex invita una, vel utraque parte rem contentioſam ſequeſtret. 40

Hic moveri opportunè poteſt, illa quæſtio: An miſſus in bonorum poſſeſſionem ex primo decreto fieri ſequeſtrationem, poſtulare queat? Et nos cum Baldo & Molinæo reſpondendum putamus quod ſic. 41

Vide Molin. *in conſuetud. Pariſ. tit. 2. §. 52. gloſſ. 1. in verb. arreſt. numer. 2.*

Hujuſmodi autem ſequeſtratio quæ fit una vel utraque parte invita, aut eſt pecuniæ, hoc eſt, quantitatis ex contractu aliquo debitæ; aut cujuſque alterius rei controverſæ. 42

l. Vnic. C. de prohibit. ſequeſtr. pecun. aliud eſt quantitas, aliud corpus. *l. ſi is cui. 94. §. 1. ff. de ſolut. l. 1. §. & omne. ff. ad leg. Falcidiam. l. planè. 34. §. ſi non corpus. 3. ff. de leg. 1.*

Sequeſtratio pecuniæ quodam ex contractu debitæ omninò de jure prohibita eſt. 43

d. l. un. C. De prohib. ſequeſtr. pecun. Placentin. *in Tract. de perſonalibus actionibus, Tit. 13. num. 2. dicit.* quod ſequeſtratio ſpecierum admiſſa ſit, pecuniæ verò non item, *per d. l. unic. C. d. t.* Diſſentit Speculat. *lib. 4. 1. de ſequeſtr. poſſeſſ. & fruct. num. 2.* Cujac. *in Commentar. in lib. 2. Pauli ad edictum pag. 127.* Iacob. de Arena ſcribit, *Tract. de ſequeſtrationibus, n. 71.* quod ſequeſtratio fieri non debeat, ſi perſonalis actio ſperetur, ſed tantùm in reali actione ſequeſtrationem locum habere; affirmat tamen *n. 8.* de conſuetudine fieri ſequeſtrationem etiam in perſonali actione.

Alterius rei ſequeſtratio quandoque licita eſt, quandoque illicita. 44

Licita

Digitized by Google

Licita eſt ejuſmodi ſequeſtratio, ſi ex juſta cauſa & debito modo ac forma fiat.

45 Iuſtam hîc cauſam dicimus, ob quam jus noſtrum expreſsè & nominatim ſequeſtrationem fieri permittit.

Weſenbec. *conſ. 7. n. 7. part. 7. fol. 334. in pr.* Oldendorp. *lib. de copia verborum, ac rer. Iuris, in verb. ſequeſtratio.* Franciſc. Curt. *in tr. de ſequeſtris, n. 8. circa finem.*

46 Eaque generibus concluditur duobus: aut enim judicialem controverſiam, concernit, aut ad contentionem extra judicialem ſpectat.

Quibus caſibus ſequeſtratio fieri poſſit, vide Albericum *in Dictionario, in verb. ſequeſtratio. & infr. hac diſp. th. 70.*

47 Iudicialem quæ contuetur controverſiam, ea talis eſt, ut vel ante ſententiam definitivam ſequeſtrationem fieri ſuadeat, vel lata demum ſententia definitiva.

Bald. *in l. ſi fidejuſſor in pr. ff. qui ſatiſdar. cog.*

48 Quæ ante ſententiam definitivam ſequeſtrationem fieri jubet, ea vel ipſos litigatores afficit, vel in cauſa & controverſia principali conſiſtit.

49 Ipſos litigatores quæ afficit, vel eſt defectus ſatiſdationis rem exhiberi, vel contumacia Rei, vel metus armorum

50 Ad defectum ſatiſdationis rem exhiberi, quod attinet, ſi pro re mobili eo modo ſatiſdatum non ſit, & perſona ſuſpecta fuerit, ex qua ſatis deſideratur, apud ſequeſtrem res ea deponi debebit, ſi hoc judici ſederit.

l. *Si fidejuſſor. 7. §. fin. ff. qui ſatiſdar. cog. l. Senatuſconſulto. 16. ff. de offic. præſid.* Innocent. *cap. 1. in verſ. & ſecundum. extra de ſequeſtr. poſſ. & fruct.* Coraſ. *lib 3. Miſcell. cap. 2. num. 9.* Suſpecta autem hic dicitur perſona, quæ vel de fuga, vel baratatione, vel de re illa dolo alienanda ſuſpecta eſt. Bald. *in dict. l. ſi fidejuſſor. §. ultim. num. 2. ff. qui ſatiſdar. cog.* Gilcken. *ad l. unic. Cod. de prohibit. ſequeſtrat. pecun. num. 2. & ſeqq.* Fuga tamen *(licet alii aliter ſentiant)* non probatur juramento partis, quamvis agatur de modico præjudicio. Iaſ. *in d. l. ſi fidejuſſor §. ſi ſatiſdatum, nu. 11. ff qui ſatiſd. cog.* vide Franciſc. Curt. *tractat. de ſequeſtrat. num. 42.* qui affirmativam defendit. vide quoque Maſcard. *de probat. volum. 1. concluſ. 455. & volum. 2. concluſ. 813.* Menoch. *libr. 2. arbitr. judic. queſtion. caſu. 88.*

51 Vnde etiam ſi provinciæ præſes, aut ejus familia, vel officialis furtum paſſus ſit, durante præſidis officio, ei jus dicendum eſt, ut lis conteſtetur, reſque oblata exhibeatur, & deponatur, aut exhiberi ſatiſdatio promittatur. *Dict.*

Digitized by Google

Dict. l. Iurisconsulto 16. ff. de offic. presid. vide Coras. *libr. 3 Miscell. cap. 2. numer. 20. in fin.*

Sed hîc quæstionis est, an reus etiam ex eo solo, quod immobilia non possidet, suspectus reddatur? & contra nonnullos negativam defendemus. 52

Bald. & Iason *num. 26. in l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum. 2. ff. qui satisdar. cogantur.* Francisc. Curt. *in Tractat. de sequestrat. num 35.* facit *§. ultim. Institut. de suspect. tutor.* vide Coras. *lib. 3. Miscell. cap. 2. num. 9.* sed obstat *l. si creditores 31. §. 1. ff. de rebus author. judic. possid.* Vbi dicitur, quod solæ facultates hæredem suspectum faciant, sed secus est in sequestratione.

In quæstionem quoque & illud vocatur, an res mobilis deposita vel locata sequestrari possit, si depositarius vel conductor suspectus fuerit? Et quod possit contra Iasonem arbitramur. 53

Vide Iason. *in l. fidejussor. 7. §. si satisdatum, num. 16. ff. qui satisdar. cog.* Coras. *lib. 3. Miscell. cap. 2. num 9.* si tamen constet de depósito & locatione, illicò rem restituere depositarius, & conductor tenetur. *Novell. 88. in pr. l. si quis conductionis. C. de locato.* Coras. *d. c. 2. n. 10.*

Solet & hæc in dubium vocari quæstio, si Titius animal, vel quid aliud mobile possideat, quod proprietate Mævii sit, atque ipse Titius cum ejusmodi re per hanc vel illam civitatem transeat, an Mævius id cognoscens, officium judicis ejus civitatis implorare possit, ut is rem ejusmodi sequestro deponat, nisi possessor rem exhiberi satisdet? Et nos sententiæ affirmativæ subscribere non dubitamus, si judex ille competens fuerit. 54

Vide Ias. *in dict. l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum. 2. ff. qui satisdar. cog.* Francisc. Curt. *Tract. de sequestrat. num. 30. & 31.*

Similiter & hoc controversia non caret, an locum habeat rei immobilis contentiosæ sequestratio, si suspectus fuerit Reus, quando cum eo actor contraheret? Et negativæ non injuria patrocinandum esse, modo actor suspectum fuisse Reum non ignoraverit, asserimus. 55

Vide Francisc. Curt. *Tract. de sequestris, n. 44.*

Quantum porrò ad Rei contumaciam attinet, licet neque civili, neque canonico jure regulariter contumaciæ nomine possessio contentiosa sequestranda sit, sed actor in possessionem rerum petitarum mittendus: si tamen reus contumax ecclesiastica & religiosa fuerit persona, Iudex cum eo mitius agere, & controversam possessionem sequestrare potest. 56

Cap. 1. & 2 extr. de sequestrat. possess. & fruct. cap. 2. extr. de dolo & contumac. c. olim. extr. de rescript. vide Ionan. Coras. *lib. 3 Miscell. cap. 2. nu-*

mer. 10. qui generaliter loquitur de omni causa & cunctis litigatoribus. Vt & Innocent. *in cap. 1. vers. tertius est, ibi, & idem intelligo. extr. de sequestr. possess. & fruct.*

17 Quod item attinet ad metum armorum, non quidem Iustinianei (a) aut Canonici (b) juris, sed Carolinæ constitutionis authoritate, si possessio ex justis causis dubia sit, & uterque litigantium ipsi possessioni incumbere, atque inde res ad arma spectare videatur, sequestratio dubiæ illius possessionis fieri potest, donec summariè, utri parti possessio adjudicanda sit, cognoscatur.

a) Iacob. de Arena fatetur *tractatu suo de sequestrat. num. 21.* quod non reperiatur lege cautum, ut hoc casu sequestratio fiat. Et omittit hanc causam etiam Innocent. *in cap. 1. ubi quinque casus numerat, extr. de sequestr. poss. & fruct.* Qui volunt Iure Iustinianeo ob metū armorum fieri sequestrationem possessionis cōtroversæ, ii nituntur textu. *l. aquissimum. ff. de usufruct. l. nullus C. de Trinitat. & fide Cathol. & l. unic. C. uti possid.* & ex illis sunt Speculat. *lib. 4. Tit. de sequestrat possess & fruct. num. 1.* Oldendorp. *in Enchiridio except. exceptione sequestri mihi fol. 92. fac 2 & fol. seq.* Coras. *lib. 3. Miscell. cap. 2. num. 9.* Guido Papæ *decis. 246. num. 5.* Gilken. *ad l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun num 11.* Nata *consil. 121.* & alii alibi, vide omnino Iacob. de Arena *supra dicto Tractat. de sequestrat. num. 4 & 21.* Gœdd. *in cap. 2. extr. de sequestrat. possess & fruct. num 44. & seqq.* (b) *cap. 1. extr. de sequestrat.* (c) Cammer-Gerichts-Ordnung/ *part. 2. tit. 21. vers.* ob auch in obberhürtem Fall/ V de Andr. Gail. *libr. 1. observat. practic. observat. 5.* Decius. *in c. licet causam, num. 102. & seq. extr. de probat.*

18 Porrò quæ causa rem ipsam afficit, est vel status incertitudo, vel lis super homine revera libero.

19 Ad status enim incertitudinem quod attinet, si aliquis ex servitute proclamet in libertatem, tunc peculium & bona ejus universa, in eum diem, quo status controversia sopiatur, in tuto pro dispositione judicis collocari, hoc est, sequestrari oportet.

l. l. Vnic. §. super peculio. 1. C. de assert. tollend. l. ult. C. quibus ad libert. proclamar. non lic. & l. ultim. Cod. de ord. cognit. Coras. *lib 3. Miscell. c. 2. num. 9.* Coler. *de process. execut. part. 1. num. 134. cap. 2.* Hackelman. *illustr. quæstion. disput. 9. thes. 14 lit. F.*

20 Si item colonus vindicet se in libertatem, & dicat, se esse propriorum bonorum possessorem, & dominus longi temporis præscriptione munitus non sit, satisdatione à colono haud præstita de restituendis prædiorum reditibus domino si vicerit, reditus ipsi nummarii, vel si in fructibus consistant, precia eorum in æde sacra ejus loci deponenda sunt.

l. Litibus. 20. ubi Cujac. & alii. *C. de agricolis & censitis lib. 12.* Coras. *lib. 3. Miscell. cap. 2. num. 9.*

Quantum verò ad litem super homine revera libero, tres sese in li- 61
bris nostri juris offerunt casus, quibus liberi hominis sequestratio fieri potest.

Quod liberarum quoque personarum sequestratio sit, testatur Cujac. *in Paratitl. de prohibit. pecun. sequestrat.*

Primus casus est, si interdicto de liberis exhibendis agatur. Tunc 62
enim donec res judicetur, mulierem vel puerum prætextatum, atque eum qui proximè ad prætextati ætatem accedit, apud matremfamiliâs notæ authoritatis fœminam deponi oportet.

l. 3. §. fin. de liber. homin exhib. Iohan. Oldendorp. *libr. de copia verborum, ac rerum Iuris, in verb. sequestratio.* Cujacius *in Commentar. in lib. 2. Pauli ad edictum, pag. 27.*

Secundus casus est, si de fœminæ alicujus matrimonio consensus 63
nomine judicialiter quæstio ventiletur. Tunc enim in domo honesta, & in qua nihil ipsam timere faciat, sequestratio fœminæ illius fieri debet.

c. Cum locum. 14. & ibi gloss. in verb. donec. & Panorm. *num. 4. & seq. extra de sponsalib. c. causam matrimonii. 14. extr. de probat.* Speculat. *lib. 4. tit. de sequestrat. possess. & fruct. num. 7.* Andr. Gail. *lib. 1. observat. practic. observat. 112. num 15. & seq. & libr. 2. observat. 45. num. 7.* Hotomannus *consil. 43. num 5. vide in sententiis cameralibus, fol. 204. in fin.* Natta *consil. 250. num. 2 part. 2.* Kizel. *in Synops. matrimon. cap. 3. theorem. 20. lit. E. & cap. 10. theorem. 13. lit. G.*

Tertius casus est, si vir ita capitali odio mulierem persequatur, ut 64
meritò mulier de ipso diffidat, & proinde res judicialiter disceptetur. Hoc enim casu ipsa fœmina alicui probæ & honestæ mulieri usque ad causæ decisionem custodienda studiosius in loco ubi vir, vel parentes ejus, mulieri nullam possunt violentiam inferre, committi debet.

c. Extransmissa, & c. literas, §. fin. extr. de restit. spoliator. vide Coras *lib. 3. Miscell. cap. 2. num. 10.*

Cæterùm causa, ob quam latâ definitiva sententia sequestratio fie- 65
ri potest, vel appellationem concernit, vel finalem victoriam, coram eodem judice, à quo provocatio nulla est, sperandam.

Bald. *in l. si fidejussor. § fin. in princ. ff. qui satisdar. cog.*

Appellationem quæ spectat est prodigalitas, & dilapidatio possesso- 66
ris, pro quo sententia lata est, vel excessus executionis.

Ab eo enim, qui à sententia provocavit, fructus possessionis, si dis- 67
sipentur ab ipso, lite pendente rationabiliter sequestrari possunt.

Digitized by Google

l. Imperatores 21. §. fin. ubi Bart. *scribit*, quod licèt saltem timetur, de dilapidatione fructuum pendente appellatione, sequestrari fructus. *ff. de appellation. c. ultim. extra de sequestr. possess. & fruct.* Fürstlich Würtemb. Landrecht. *part. 1. t. 80. §.* Da aber. *fol. 230.* Bald. *in l. si fidejussor. §. fin. in princ. & num ultim. ff. qui satisdar. cog.* Speculat. *d. lib. 4. Tit de sequestrat. possess. & fruct. num. 1.* Barthol. Soem. *in Reg. fallent. sub Reg. 392.* Coras. *lib. 3. Miscellan. c. 2. num. 10.* Andr. Gail. *lib. 1. observ. pract. observat. 145. num. ultim. & observ. 147. num 3. & observ 148. num. 2.* Mynsi. *cent. 3. obs. 35. num. 4.* Mindanus *de processs. lib. 2. c. 39. num. 3.* dicuntur dilapidari fructus, si possessor convertat eos in proprios usus, *Archidiac. in c. & quia res 7. quæst. 2. Angel. in l. Divus, ff. de petit. hered. Et Innocent. in d. c. ultim. extra de sequestr. possess.* ubi dicit, quod dissipari dicantur fructus, si possessor eos in suos usus convertat, vel etiam si distrahat eos, nisi essent fructus, qui non possunt servari. Et quomodo dilapidatio probetur tradit Ioseph. Mascard. *de probat. vol. 1. conclus. 15. & vol 3. conclus. 1234.* quem sequitur Cludius *de sequestr. c. 5. n. 17. & seq.*

68 Si quóque ab executione, quâ judicationis modus exceditur, appellatum sit, & res sit mobilis, ad quam restituendam executoris opera fuit indulta, res eadem possessori detrahitur, & sequestro idoneo collocatur: sin fuerit immobilis, fructus omnes, qui tempore interpositæ provocationis capti, vel postea nati erunt, in depositio sequestrario collocantur, Iure fundi penes eum, qui appellaverit, constituto.

l. Ab executione. 5. C. quorum appellat. non recip. Bald. *in l. fidejussor. 7. §. fin. num. 2. in fin.* ubi dicit, quod hîc sequestratio fiat, licèt nulla suspicio allegetur. *ff. qui satisdar. cog.* Coras. *lib. 3. c. 2. num. 9.* Gail. *1. observat. 147. num. 8.* Coler. *de process. execut. part. 1. c. 2. num. 118. & c. 11. part. 3. num. 18.*

69 Quæ vero causa concernit finalem victoriam, quæ coram judice eodem, à quo provocari haud potest, speratur, est beneficium, super quo lis est. Si enim super beneficio definitiva sententia promulgata sit ab eo judice, à quo appellatio nulla est, & adhuc altera exspectanda sit sententia, quæ priorem evertere possit, etiamsi fructus non dissipentur, sequestranda est res illa litigiosa apud idoneam personam: nisi possessor alle victus, antequam conventus esset beneficium illud per tres annos quietè possedisset.

Clement. unic. 1. de sequestr. possess. & fruct.

70 Et hæc de primo genere causarum, ob quas fieri sequestratio jure potest: Sequitur genus alterum, quod pertinet ad extrajudicialem contentionem, idque complectitur causas duas: conservationem dotis periclitantis, & incolumitatem fructuum possessionis, in qua causa custodiæ quis missus est.

Prima

Prima causa ejusmodi est, ut si furiosæ uxoris maritus dotem dissi- 71
paturus omnino manifestus sit, dotem sequestrari conveniat, [a] ut donec ipse malos eos mores deponat. [b]

a] *l. Si cum dotem 22. § sin autem, ff. solut. matrimonio.* vide Coras. *lib. 3. c. 2. num. 10.* Cujac. *in Comment. in lib. 2. Paul. ad edictum pag. 27.* vide etiam Bald. *Novell. de dote, part. 6. privil. 70. pag. 281. & parte 7. privileg. 25.* [b] *arg. l. 1. in pr. vers. & tamdiu. ff. de Curat. furioso & aliis extra minor. dand.*

Si item mulier compos quidem mentis, minimè tamen industria 72
sit, sed ad rem domesticam inepta, & similiter maritus parum frugi inveniatur, dotem ad causam alimentorum sequestrari oportet.

Andr. Gail. *lib. 2. obs. pract. obs. 83. num. 18. arg. l. mutuus 73. §. 1. ff. de jur. dot.*

Altera causa talis est, ut si quis missus sit in possessionem, & fructus 73
pro suæ voluntatis libitu dissipet, ipsos fructus sequestrari juris autoritas jubeat.

Cap. 2. ubi gl. & Canonistæ, extr. de sequestr. possess. & fruct. 74

Atque hæ sunt causæ, ex quibus sequestratio à judice non consentiente utraque parte fieri potest. Dispiciendum nunc de modo & forma sequestrandi ex ejusmodi causis rem aliquam.

Modus & forma sequestrandi hæc est, (1) ut ad sequestrationem 75
videndam citetur is, in cujus præjudicium ea tendit: (2) item ut pars, quæ sequestrationem fieri petit jurejurando affirmet, se non calumniæ & æmulationis causa, sed ad juris, debitique sui conservationem id facere: (3) tum causam, ob quam fieri sequestrationem postulat, judici exponat: (4) Et denique, ut præmissa illius causæ summaria cognitione, ipsa sequestratio fiat.

De citatione *textus est in l. de unoquoque. ff. de re judicat. & in l. Nam ita Divus. ff. de adoptione.* Guido Papæ. *quæst. 246. num. 1. 2. 3. 4. & 5.* Mynsi. *cent. 2. obs. 11.* Wesenbec. *cons. 7. num. 7. fol. 328. fol. 334. & seq.* Bald. *in l. si fidejussor. §. si satisdatum. num. 1. & ibidem etiam* Iason. *num. 9.* & Angelus. *n. 4. ff. Qui satisdar. cog.* Alexand. *cons 163. n. 3. vol. 6.* Francisc. Curt. *Tract. de sequestris. n. 32.*

Quod si tamen de fuga omninò suspectus sit adversarius, & proinde 76
metuendum, ne ad eam ipsa citatione verbali instruatur, tunc omissa citatione, judex rem de qua contentio est, sequestrò deponere potest.

Bald. *in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. in pr. ff. Qui satisdar. cog.* Francisc. Viv. *in communibus opinionibus, in verb. sequester.* Alexand. *consil. 6. num. 10. part. 4.* Cephal. *cons 439. num 58. & seq. lib. 3.* Francisc. Curt. *Tract. de sequestris n. 40 per c. significavit. extra de testibus, ubi procedi potest parte absente si periculum sit in mora.*

Digitized by Google

77 Sed ad causæ cognitionem quod attinet, in quæstionem vocatur, an publico instrumento probatum esse debitum necesse sit, nec ne? Et licet Bartolus, [a] Matthæilanus, [b] Corsetus, [c] & quidam alii id sentiant, & generaliter tradant, nos tamen contrariæ sententiæ defensionem suscipimus, [d] etiam in casu. [e] *l. jubemus per hanc. 16. C. de erogat. militar. annon lib. 12.*

a] *In d. l. jubemus. 16. C. dict. tit. & in l. litibus C. de agric. & censit.* [b] *in tract. de carcere:* [c] *in singular. 63 in verb. sequestrum.* [d] Iaf. *in l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum. 2. num. 12. 13. & 14. ff. Qui satisdar. cog.* Matcard *de probat. conclus. 1298. num. 3.* Francisc. Curt. *Tract. de sequestris. num. 50. & seq.* Ratio est, quia summaria tantùm cognitio requiritur, ad concedendum sequestrum, cum ea quoque requiratur in primo decreto, *l. cum proponas, C. de bonis auth. Iudic. possess. l. si is, à quo. circa pr. ff. ut in possess. legator,* Bald. *in d. l. unic. C. de sequestr. pecun.* Imol. & Ang. Aretin. *in l. Imperatores. 21. §. fin ff. de appellat.* Iason. *in dict. leg. si fidejussor. 7. §. si satisdatum. 2. num. 13. ff. Qui satisdar. cog.* Guid. Papæ. *q. 246. num. 2.* secundò probatur eadem sententia, hoc ipso, quod in sequestratione personæ, quod est majus, non requiritur, nisi ut de debito constet saltem semiplenè. Francisc. Curt. *dict. Tract. de sequestris, num. 51.* Tertiò si duo testes sufficiunt ad debitum principale probandum, multò magis illi hîc suffecerint, quin & unus hîc suffecerit, cùm agatur de minori præjudicio sequestrationis faciendæ, qua ratione utitur Panorm. *in c. cum dilectus. 2.* [e] Nam ibi pictacia non sunt publicum instrumentum, sed rationes & commentarii annonarum militarium, itemque æris, Cujac. *in l. actuarii, 5. Cod. de erogat. militar. an. lib. 12.* ubi & Gothofred. *in not.*

78 Hoc loco & illud quæritur: Possitne die feriato Iudex sequestrationem facere? Et quod possit à Bartolo Bald. Salic. & quibusdam aliis rectè traditum esse putamus: modo tamen mora periculum sit allatura.

Per l. 1. §. fin. l. 3. ff. de feriis, c. significârunt, extra de Iudiciis, Bald. *in l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum num. 1. & ibidem etiam* Iason. *num 19. ff. Qui satisdar. cogant.* Idem Bald. *in l. dies festos, C de feriis,* Francisc. Curt. *in Tract. de sequestris, n. 47.* Sichard. *in l. unic. num. 12. C. de prohibita sequestr. pecun.*

79 Quod si ex justa aliqua causa, itemque debito modo ac formâ sequestratio fiat, in tantùm licita est, ut si quis eam impedire conetur, & quid contra eam tentet, si de litigantibus fuerit, Iure suo cadat; Sin alius, excommunicetur Iure canonico, [a] vel aliter Iure civili coërceatur. [b]

a) Cle-

Digitized by Google

a] *Clement. unic. t. de ſequeſtr. poſſeſſ. & fruct.* Oldendorp. *in Enchiridio except. in except. in exceptione ſequeſtri, mihi fol. 93.* [b] *l. unic. ff ſi quis jus dicent. non obtemper. l. à Divo Pio 15. ff. de re judic.*

Hic quæſtionis eſt, ſequeſtratione juſtè & ritè facta, an pendente 80
controverſia, parti ſequeſtrationem patienti ſumptus ad litem, & neceſſaria alimenta ex fructibus ſint porrigenda nec ne? Et ſuppeditanda eſſe, modò aliundè non habeat, aſſerimus.

l. Fin. ubi Salicet. *qui dicit hoc alibi in jure non reperiri, C. de ordine cognit. l. ſed etſi. 71. §. proinde, verſ ſi ſatisdatum. num 30. ff. Qui ſatisdare cogantur*, Iacob. de Arena *in Tract de ſequeſtris, num. 19.* Et Franciſc. Curt. *in Tract. de ſequeſtris, num. 10* Coler *Tract. de proceſſ. execut. part. 3. c. 11. num. 6. pag 703.* Cludius *de ſequeſtr. c. 5. num. 86 & c. 10. num. 24.* Hackelman. *illuſtr quæſtion. diſp 9. th 15. lit. F.* Diſſentit Bachovius *in not.* ad Treutl. *vol. 1. diſp. 26. th. 11. lit. G.*

Quamvis autem juſtè ritéque decretum ſit ſequeſtrum, tamen re- 81
laxandum eſt, oblata & præſtita ſatisdatione, [a] modo moveatur cauſa ſequeſtrationis factæ, & æquè benè conſultum ſit adverſario. [b]

a] *l. Fidejuſſor. 7. § fin.* & ibi Bald. *num. 1.* ubi dicit, quod revocetur ſequeſtrum duobus modis: Primò per ſatisdationem. Secundò per abſolutionem Rei. Quod idem ſentit ibidem Iaſ. *in princ. & num. 17 ff. Qui ſatisdar. cog.* Bald. *in l. Senatuſconſulto 16. num. 3. ff. de offic. præſid.* Bart. *in l. litibus, num. 5. 6. 7. & 8. C. de agricol. & cenſit.* Iacob. de Arena *in Tract. de ſequeſtr. num. 9.* Franciſc. Curt. *in Tract. de ſequeſtris. num. 35. & ſeq.* Ferrar. *in pract. libellor. in forma ſequeſtri & ſaxam. gloſſ. 1. numer. 3.* Sichard. *in l. unic. numre. 14. & 15. Cod. de prohibit. ſequeſtrat. pecun.* Mynſ. *cent. 3. obſervat. 35. num. 7. & Reſponſ. 66. num. ult. decad. 7.* W'eſenb. *conſil. 7. num 8. part. 1.* Iohan. Coraſ. *lib 3. Miſcell. c. 2. num. 19. & 20.* Franciſc. Viv. *in communib. opinionib. in verb. ſequeſtrum. c. 266.* Baptiſta à Villalobos *in communibus opinionibus in verb. ſequeſtrum, num. 51.* [b] Vide Iaſon. *in d. l. ſi fidejuſſor, §. ſi ſatisdatum, num. 17. & ſeq. ff. Qui ſatisdar. cog.* Althuſ. *lib. 1. Dicæolog. c. 70. n. 18.* Cludius *de ſequeſtr. c. 10. num. 4. & ſeqq.*

Et in defectum ſatisdationis ad juratoriam cautionem admittitur 82
is, adverſus quem ſequeſtratio facta eſt, modò perſona ſit bonæ exiſtimationis, & integritate vitæ conſpicua.

Per Nov. 112. c. 2. in pr. verſ. ſin autem dixerit, & Nov 134. c. 9. verſ. ſi verò juraverit. Auth hodie. C. de cuſtod. reor. l. 1. §. omnes. 2. verſ. ſin verò C. de aſſert. tollend. auth. generaliter. C. de Epiſcop. & Cleric. Fürſtlich Würtemb. Landrecht. *part. 1. t. 20. §.* So ferrn aber. *fol. 104.* Matth. Coler.

Coler. *de processib. execut part. 3. c. 11. num. 94. & seqq.* Cludius. *d. c. 10. num. 8. & seqq.* Treutl. *vol. 1 disp. 26. th. 12.* Mynſ. *cent. 2. obſ. 11.* Andr. Gail. *lib. 1. obſerv. pract. obſerv. 47. num. 13. & lib. 1. obſerv pract obſ. 148. num. 6.* Diſſentit tamen Bart. *in l. litibus 20. num. 5. C. de agricol. & cenſit. lib. 11.* Item Iaſon. *in l. 1 n. 23. verſ undecimo limitâ, & in l. ſi fidejuſſor, n. 18. ff. Qui ſatiſdar. cog.* Sed intelligendi ſunt, juxta moderationem hujus concluſionis.

83 Sed hic in dubium vocatur, poſſitne revocatio ſequeſtri etiam die feriata fieri? Et nos contra gloſſam & quorundam Dd. ſententiam id omninò negamus.

Ita ſentit contra gloſſ. & Doctores Iaſon. *in l. ſi fidejuſſor. 7. §. ſi ſatiſdatum, 2. num. 20. ff. Qui ſatiſdar. cogantur*, & Franciſc. Curt. *in Tract. de ſequeſtrib, numer. 48.*

84 Relaxanda item ſequeſtratio eſt, exiſtente conditione, hoc eſt, finita contentione, ad cujus uſque exitum ſequeſtratio facta eſt, à Iudice. *(a)* Vnde ſequeſtrum in prima inſtantia factum, durat etiam in cauſa appellationis. *(b)*

a) *l. fin. Ibi, quo controverſia ſopiatur. Cod. de ordine cognit. Clement. unic. ibi, illi reſtituat, qui finalem in cauſa victoriam obtinebit, tit. de ſequeſtrat. poſſeſſ. & fructuum.* (b) Speculat. *libr. 4. tit. de ſequeſtrat. poſſeſſ. & fruct. num. 5.* Bald. *in l. ſi fidejuſſor. 7. §. ſi ſatiſdatum. 2. num. 2.* & ibidem etiam Iaſon. qui hujus ſententiæ rationes adfert, *ff. de his qui ſatiſdar. cog.* Bald. *in l. 2. ff. d. t. per l, litibus, Cod. de agricol. & cenſit. lib. 11.* Non deſunt tamen, qui diſſentiunt, vide apud Iaſon. *d. loc.*

85 Et licet ex his cauſis relaxetur ſequeſtratio, attamen eorum cognitionem exſpectare & deſiderare ſequeſter non debet, ſed continuò ad ſolum judicis mandatum rem ſequeſtratam, ei cui Iudex voluit, reſtituere tenetur, quamvis Eccleſiaſtica ſit perſona ſequeſter, Iudex verò ſecularis.

Bald *in l. ult. num 8. C. de bonis author. Iudic. poſſeſſ.* Bald. & Iaſon. *in dict. l. ſi fidejuſſor 7. §. ſi ſatiſdatum. 2. num. 5. & 6. ff. Qui ſatiſdar. cogantur.*

86 Quod ſi confeſtim ad Iudicis mandatum non reſtituat ſequeſter rem apud ſe depoſitam ſequeſtrò, tunc revocanda eſt per ipſum, cui reſtituenda res eſt, vel actione perſonali, vel in rem actione. Actione perſonali veluti ſequeſtraria, depoſiti actione utili, vel utili negociorum geſtorum judicio.

87 Vtili ſequeſtraria depoſiti actione revocatur, ſi Iudex in ipſa depoſitione rei, de qua agitur, paciſcendo, vel legem dicendo cavcrit, ut alteri ex contendentibus ea reſtitueretur, *(a)* vel ut ſibi reſtitueretur, ipſe

ipse autem actione depositi cesserit parti, cui restitutionem fieri oportet. (b)

a) Nam publica persona alteri stipulari & paciſci potest *l. 2. ff. Rem ratam haberi. l. non aliter 18. ibi, si caverit servo publico*, ubi Ba[illegible] *doptionib.* Alexander. *in l. stipulatio, 38. §. si stipuler. 20. ff. de verb. obligation.* Cagnol. *in l. id quod nostrum est. 11. num. 14. ff de R. I.* Molin *consil. 60 num. 9. gloss in l. si quis alii, in verb. nihil agit. ubi in specie de Iudice loquitur. Instit de inutilib. stipulat. gloss in Novell. 96. §. 1. in verb. cautionem, gloss in Novell. 118. cap. 5. §. ex his. in verb. renunciant. ubi similiter in specie de Iudice loquitur.* Et publica ipsa persona paciscendo, stipulando, atque aliter contrahendo alteri, utilem ipsi adquirit actionem *l. 4. in pr. ibi, utilis actio, ff. Rem ratam haberi*, Bartol. *num. 12.* & [illegible]*n. num. 12. in l. postquam ini. C. de pactis.* Et quantum ad sequestratio[illegible]ribit id Cujac. *in Paratit. Cod. de prohibit sequestrat. pecun* (b) *per l. 1. § si rogavero ff. depositi, & argum l. 1. C. de obligat. & actio l. emptor. 5. l. postquam 7. C. de heredit. vel actio. vendit.* De cessis & mandatis actionibus, vide inprimis Donellum *in l. 1. & 2. C. de Novat.* Item Cujac. *in Paratit l. C. quando ex facto tutor, vel curator. minor. agere vel convenir. poss.*

Vitii negociorum gestorum actione revocatur res sequestrata, si Iudex simpliciter rem controversam apud sequestrem deposuerit, nulla facta conventione & mentione, de ea huic vel illi restituenda. 88

Argum. l. ait prator. 3. §. etsi furiosi. 5. & §. si executor. 8. & hac actione. 10. ff. de negoc. gest. l. curatorem. 6. l. curatoris. 17. C. eodem titulo.

In rem actio, quâ etiam res sequestrata repeti potest à sequestre, finita inter partes controversia, est rei vindicatio, (a) vel publiciana in rem actio. (b) Item interdictum retinendæ vel recuperandæ possessionis. 89

a) *l. Officium. 9. ff de rei vindicatione, c. examinata.* ubi gloss. & Panormitan. *numer. 14. extra de Iudic. l. 1. & tot. tit. ff. de public. in rem actio. § sed istæ quidem. Instit. de actio.* (b) Vide Wesenbec. *consil. 7. n. 1. 2 3. 4. & 5. part. 1.*

Qui affirmant omni casu, quo Iudex rem sequestrò collocavit, partivictrici actionem depositi sequestrariam competere, eos ut errore implicatos, planè hallucinari asserimus. 90

Cùm enim partes non deposuerint, & ipsis quandoque invitis Iudex eam sequestraverit, qui posset ipsis personalis adquiri actio adversus sequestrem, cum quo non contraxerunt? *l. actionum. 25. ff. de obligat. & actio. §. 1. vers. namque agit. Instit. de actionibus.*

Neque in eorum opinionem abeundum putamus, qui scribunt, officio Iudicis nobili revocandam esse eodem casu rem sequestratam. 91

Digitized by Google

Quoties enim ordinarium extat remedium, ut actio, extraordinarium, veluti nobile Iudicis officium, minimè locum sibi vindicabit *l. in causæ cognitione. 16 in princ. ff de minorib. l. qui bona. 13. §. de illo, ff. de damno infect. l quendam 9. in princ. ff. de edendo.*

92 Atque hactenus de licita sequestratione à Iudice facta: Illicita & prohibita sequestratio est, quæ fit à Iudice ex nulla causa legibus nominatim probata: vel si non debito modo ac forma fiat, licèt ex justa causa eam Iudex exerceat.

Vide Wesenbec. *consil. 7. num 7. fol. 328. fol. 334. fol. 337. & fol. seq.* Item Mynsing. *cent. 2. observ. 11. & cent. 5. observ. 35. n. 6.*

93 Cum autem paulò antè expositum sit, quæ sint justæ causæ, ex quibus sequestratio fieri possit: Item quæ forma ac modus sequestrandi, patet inde simul, quæ non sint justæ causæ, & quæ sequestratio non sit ritè facta.

Argum §. 1. Instit. de his, qui sui vel alien. jur. sunt, & argum. §. 1. Instit. de tutelis.

94 Doctores quidem præter illas causas, complurimas alias conficiunt, ex quibus licitè sequestrationem fieri putant: verùm nos in societatem hujusmodi causarum eas non admittimus.

Argum. l. unic. C. de prohibit. sequestrat. pecun. & c. 1. extra de sequestrat. possess & fruct. Cùm enim regulariter sequestratio sit prohibita, in iis tantum casibus, qui expressim in jure ponuntur, ferenda est, in aliis restringi & subsistere debet, etiam per ea, quæ scribit Molin. *in consuetud Paris. tit. 2. § 52. in verb. arrest. num. 9.* Si itaque ab interlocutoria appellatum sit: Item pendente causa nullitatis, sequestratio fieri non potest, Bald. *in l. si fidejussor, §. ult. in princ. ff. Qui satisdar. cogantur*, facit hûc quod ibidem glossa, sex tantum casus ponit, ubi locum habet sequestrationis usus. Sed videtur quoque fieri posse sequestrationem in casu, *l. ult. §. 1. ff. de requirend. reis & l. ult. ff. de tabul. exhibend.*

95 Quod si igitur illicita & injusta sequestratio facta sit, tunc primum ejus cassatio & relaxatio fieri debet; Deinde res sequestrata à sequestro repeti potest: licet à Pontifice facta cognoscatur.

Per c. 1. extra de sequestrat possess. & fruct. Panormitanus. *in cap. 2. numer. 22. extra dict. tit.* Ioan. Ferrariens. *in practica libellorum, in forma libelli sequestrat. in verb. audeat, vel præsumat. num. 4. & 6.* Salicet. *in l. unic. num. 3. C. de prohibit. sequestrat pecun.*

96 Nam & Cœlestini Papæ sequestratio, de jure haudquaquam justa ab Innocentio III. successore ipsius penitùs cassata fuit.

Dict. c. 1. extra de sequestrat. possess & fruct.

97 Ad cassationem & relaxationem sequestri injusti pervenitur querela &

la & imploratione officii judicis, (a) vel ejuſdem vel ſuperioris, (b) ad eamque admittitur quilibet, licèt mandatum non habeat: ſiquidem defenſionis ſpecies. (c)

a) Nam ſequeſtratio in caſu Iure non permiſſo facta nulla eſt. Weſenbec. *conſil. 7. num. 7. fol. 330. & fol. 333. in fin. & fol. ſeq.* Sed omnis actus judiciarii nullitas, querela & imploratione officii Indicis proponitur, Bartol. *in l. ſi expreſſam. num. 13. ff. de appellat.* Innocent. *in c. ultim. extra de offic. Iudic.* Ferrar. *in forma appellat. in verb. fuiſſe & eſſe nullam, num. 4.* Weſenbec. *conſil. 7. num 7. fol. 339. circa finem.* Mynſinger. *centur. 5. obſervat. 92. num. 2.* (b) Vide diſtinctionem Mynſingeri *in obſervat. 92. num. 4. & ſeq. cent. 5.* (c) Paulus Caſtrenſ. Iaſon. *num. 17. in fine in l. ſi fidejuſſor, § ſi ſatisdatum ff. Qui ſatisdar. cogantur.* Vide quo Fulgoſ. *conſil. 18. incip. factum ſic ſe habet.*

Et rogatur Iudex, ut pro modo imperii ſui reſcindat, & relaxet ſe- 98
queſtrum, jubeatque eum, qui ſequeſtrum fieri poſtulavit, intereſſe & damnum reſtituere.

Ferrar. *in practic. libellor. in forma ſequeſtr. ſeu ſaxament. in verb. audeat, vel præſumat, num. 4.* Weſenbec. *conſil 7. num 7. fol 331 part. 1. per l. ſi duo, §. ultim ff. uti poſſidetis, l. reſtituere. 68 ff. de rei vindicatio. c. 2. in fin. extra de dolo & contumac.*

Qui autem ita pro relaxando ſequeſtro Iudicis officium implorat, 99
nihil aliud probare tenetur, quàm quod à Iudice id factum ſit, & à ſe poſſeſſionis commodum eo modo tranſlatum.

Vide Weſenb. *conſ. 7. n. 7. fol. 327. & ſeq. part. 1.* Ratio eſt, quia ipſo jure prohibita eſt ſequeſtratio.

Ipſe verò, contra quem ſequeſtri relaxatio petitur, juſtitiam facte 100
ſequeſtrationis probare cogitur.

Weſenbec. *jam citato loco.*

Et licet ſequeſter, petenti rem ſequeſtratam objicere poſſit excep- 101
tionem ſequeſtri, [a] facta tamen ſequeſtrationis relaxatione, ſi detrectet ſequeſter rem depoſitam reſtituere, actione conveniri poteſt, non quidem perſonali (ut quidam volunt) depoſiti ſequeſtraria, ſed competente reali actione: & quidem remedio vel petitorio, ut, ſi res ſit corporalis, rei vindicatione, aut publiciana in rem actione: vel poſſeſſorio retinendæ aut recuperandæ poſſeſſionis. [b]

a] Oldendorp. *in Enchiridio except in exceptione ſequeſtri, mihi f 93. per l. ſi fidejuſſor. 7. §. fin. ff. Qui ſatisdar. cogantur, & l. ſi quis affirmaverit. 9. §. Labeo libro ſeptimo. 3. ff. de dolo malo.* [b] *c. examinata, ubi gloſſ. & canoniſtæ, in primo* Panorm. *n. 14. extra de Indic.* Vide Weſenb. *dict. conſ. 7. n. 1. 2. 3. 4. & 5. part. 1.*

102 Sed quæstionis est, an iis in casibus, qui sequestrationem non admittunt, propter metum dissipationis, vel aliam similem causam alio liceat uti remedio, puta annotatione, & descriptione bonorum? Et cum nonnullis id licere credimus, adhibito tamen in rerum annotatione moderamine.

Per textum l. cum plures. 15. ff. de Reb. auct. Iudic. possidend. & text. l. si creditores. 31. §. planè si doceatur, ff. d. t. l. 1. §. curatore, ff. de ventr. in possess. mittend. l. cum domini horreorum. 56. ff. Locati, l. fin. ubi Bart. *ff. de Requirend. reis. l. fin. C. de bon. vacantibus.* Bart. *in l. Imperator, §. fin. ff. de appellat. & in l. fin. C. de requir. reis,* Iacob. de Arena *in Tract. de sequestr. num. 20.* Francisc. Curt. *d. Tract. de sequestris, num. 15. & 16.* Sichard. *in l. un. num. 10. C. de prohibit. sequestrat. pecun.* Coras. *lib. 3. Miscell. cap. 2. num. 7.* Iason. *in l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum 2. num. 28. & 31. ff. Qui satisd. cogantur.*

103 Prohiberi quoque possessor potest, antequam lis inchoetur, rem, de qua controversia est, distrahere: nisi pro istius rei restitutione satisdare maluerit.

l. Divus. 5. in princ. ubi Dd. ff. de heredit. petit. Bald. *in l. si fidejussor. 7. §. si satisdatum prove mobilis 2. num. 3. ff. Qui satisdar. cogant.* ubi scribit tria hæc diversa esse remedia, sequestrationem, descriptionem, & inhibitionem: Iason. *in d. § si satisdatum 2. n. 18. & 31. ff. d. t. per l. pollicitationib.* ubi Bart. *ff. de pollicit.* Bald. *in l. per diversas qu. 9. C. mandati,* Coras. *lib. 3. Miscel. c. 2. n. 8. vide quoque supra th. 7.*

104 Atque ejusmodi est quasi sequestrationis genus primum: sequitur nunc genus secundum. Est autem secundum quasi sequestrationis genus, quo partes singulæ, res singulas apud tertium deponunt, ut is rem ab uno sequestrò depositam, ex lege depositi reddat alteri.

105 Veluti si litigatores singuli coram arbitro compromissario litigaturi apud ipsum res singulas pœnæ compromissæ nomine deponant, hoc pacto & ea lege, ut arbiter illi, qui sententiam obtineat, rem alterius, qui sententiæ parere detrectat, restituat.

l. Litigatores. 11. §. quod ait prætor. ff. de recept. arbitr.

106 Item, si sponsionis causa rerum depositio fiat: veluti si duo vel plures currendo, lapillos ejiciendo, cantando, saltando, stipulando, certare volentes, quidpiam apud tertium aliquem singuli deponant, ut illud victori reddatur.

l. Si gratuitam. 17. §. fin. & ibi gl. ff. de præscr. verb. l. 3. juncta l. 2. ff. de aleatorib. Cujac. *in Parat. tit. C. de prohib. sequestr. pecun.* vide exemplum Virgilii, *Eccog. 3.*

107 Quod si etiam emptor & venditor parum fidei invicem habeant, & pronde-

proinde emptor nummos, & venditor mercem apud tertium aliquem deponant, ut is pretium venditori tradat.

l. Si soluturus. 39. §. fin. ff. de solutionib. Specul. *Tit. de sequestration. possession. & fruct. in fin. lib. 4.*

Hîc opportunè quæritur, an debeatur etiam bravium illi, qui reli- 108
quis præcurrit, sed cum ad metam propemodum venisset, supplantatur à quodam, vel retinetur manu, ut ipse vinceret? Et respondendum putamus, non deberi bravium.

Vide Sichard. *in l. 2. in fin. C. de donat. ante nupt.*

Ex hujusmodi quasi sequestrationis secundo genere, in sequestrem 109
datur actio præscriptis verbis, ad restituendam rem ab adversario depositam.

d. l. Si gratuitam. 17. §. fin. ff. de præscript. verb. Donell. *ad eundem Tit. cap. 2. numer. 1.* Cujac. *in paratitl. Cod de prohib. sequestration. pecuniæ.*

Ille tamen qui deposuit, rem à se depositam actione depositi repe- 110
tere non prohibetur.

Donell. *d. l.*

Reliquum nunc est, quasi sequestrationis genus ultimum, quo ero- 111
gator stipendii militaris sequestrationem exercet. Si quæstio sit inter actuarium & militem de pactione tremissis nomine habita, tunc erogator militaris annonæ, pecuniam ipsi militi debitam, apud principia sequestrò collocat.

l. Iubemus per hanc. 16. §. 1. C. de erogat. militar. ann. lib. 12. Actuarius est, qui numeri rationes tractat, Cujac. *in l. actuarii. 5. Cod. dict. tit.* Erogator est, qui militibus stipendia persolvit, Cujac. *in d. l. jubemus. 16. C. dict. tit.*

Quod si etiam milites quidam per commeatum absint, & actuarius 112
de ejusmodi pactione pittacia proferat, tunc similiter erogator eorundem militum stipendia tempore erogationis sequestrò apud principia deponit.

d. l. Iubemus per hanc. §. 1. C. d. t. Pittacia sunt rationes & commentarii annonarum militarium, Cujac. *in l. 5. C. d. t.*

Quam primum autem ea res apud eadem principia judicata fuerit, 113
& sententiam actuarius non obtinuerit, ex stipendio sequestrato, id quod credidit, repetit: Si verò succubuerit actuarius, integrum stipendium militi præstatur.

d. l. jubemus per hanc 16. §. 1. C. d. t.

CLAS. II. DISPUTAT. XII.

DE PIGNORIBUS ET Hypothecis.

THESIS I.

1 EST & pignus contractus *(a)* re initus. *(b)* Verùm quia & ſine contractu pignus eſt, *(c)* Hypotheca pleraque communia habet cum pignore, quod contractu conſtituitur, *(d)* certum nobis eſt, de omni pignore & hypotheca hoc loco tractare. *(e)*

a] *l. 1. §. ult. ff. de pactis.* Qui contractus dicitur etiam pignori acceptum *in l. contractum 23. ff. de R. I.* [b] *§. ult. Inſt. quib. mod. re contrah' oblig. & l. 1. §. creditor quoq;. ff. de oblig. & act.* [c] ut quod nudo pacto conſtituitur, *l. ſi tibi decem. 17. §. de pignore. ff. de pactis*, & quod conſtituitur à magiſtratu ut prætorium & judiciale, *l. ult. C. de prætor. pig. l. 1. & 1. t. C. ſi in cauſa judic. pig cap.* Item, quod ſola conſtituitur lege, *de quo 1. t. ffiorum & C. in quib. cauſis tac. pig. vel hypoth. contrah.* [d] *§. inter autem pignus & hypothecam. Inſt. de actien. Et inferius ſuo loco fusè oſtenditur.* [e] Quæ enim communibus præceptis conſtant, in varia diſpertiri non debent, ne contra artem idem ſæpiùs inculcetur. vide Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. t. 1.*

2 Inprimis autem generaliter monendum eſt, pignoris appellationem, varios recipere ſignificatus. Denotat enim Ius quoddam [a] in re aliena, quo ipſa res creditori obligata eſt [b] ad hoc, ut eò magis illi in tuto ſit creditum. [c] Significat item ſpecialiter, conventionem ipſam, puta contractum, quo ejuſmodi Ius, in re quadam conſtituitur. [d] Deſignat quoque per Metonymiam adjuncti rem ipſam, in qua tale Ius & obligatio creditori conſtituta eſt. *(e)*

a) *l. Plebs. 238. §. pignus, ibi, quæ pignori dantur, ff. de Verbor. Signific. l. 1. in princ. ibi, pignus contrahitur, §. 1. ibi, contractum ſit pignus. Item, ibi, pignori daturus, §. 2. ibi, pignori daret, item ibi, pignori dederit, item ibi, pignori eſſe videatur, l. 2. ibi, pignori datam, ibi, pignori acceperit, l. ſi neceſſarias. 8 in princ. ibi, quem pignoris cauſa acceperim. §. 1. ibi, ſi pignori plura mancipia data ſint, l. ſi rem. 9. §. is quoque. ibi, rem alienam pignori dedit, l.*

tutor 16.

Digitized by Google

tutor 16. in princ. ibi ſi dederit rem pupilli pignori, & §. ultim. ibi prædium pignori dari, l. ſi convenerit 18. in princ. ibi, nomen pignori tibi ſit. & §. 1. ibi proprietas pignori data ſit, ff. de pignor. act. cum ſimilib. Atque hinc Papinianus ICtus, hujuſmodi Ius pignoratitium vocat vinculum rei ſolvendæ, *in l. legata 9 §. ultim. ff. de ſuppell. legat.* & Gordianus Imp. pignoris vinculum, *in l. 1. C. ſi pignus pignori datum ſit.* Vnde notandum, Pignus & Hypothecam eſſe quandam acceſſionem, ad aliquam principalem obligationem, *l. 4. & 5. ff. de pignor. & hypoth.* (b) *l. ſolutum. 11. §. per liberam. ibi pignoris obligatio. l. nec enim 23. ibi ex re obligata, l. ſi quis 36. §. 1. ibi, rem alii obligatam mihi obligavit. ff. de pignorat. action. l 6. ibi, generali obligatione rerum, item ibi, ea obligaturum, l. ſi debitor. 10. ibi, res ſuas pignori obligaverit, Item ibi, obligatæ eſſent, l. 13. in princ. ibi grege pignori obligato, & l. 15. §. qui res, ibi res ſuas obligaverint, & alii ſecundo obligant, item ibi, eaſdem res obligant, item, ibi, res ſit obligata, l. ſi fundus 16. §. aliqua res, & §. ſeq. ibi pignus habeant obligatum, l. ſi Titius 22. & l. ſeq. l. fidejuſſor. 26. §. Lucius, ff. de pignor. & hypoth.* (c) *§. ult, verſic. ſed quia, Inſt. quib. mod. re contrahit. obligat.* (d) *d. §. ult. ibi, qui pignus accepit. Inſt. quibus mod. re contr. oblig. & d. §. inter pignus. verſic. nam pignoris appellatione, Inſt. de actionibus. l. 3. ibi reddidiſti ei pignus, l. 4. ibi de diſtrahendo pignore, l. ſi neceſſarias. 8. §. ſi annua, ibi, pignus vendere, §. pen. ibi de vendendo pignore, & §. ultim. ibi pignus ex pactione venire. ff. de pignor. actio. & tot. ff. qui potior. in pignor. vel hypothec. habeantur.*

Similiter & Hypothecæ appellatione, continetur tum ipſum Ius quod creditori in ſecuritatem crediti, in re quadam conſtituitur, & quo ipſa res ei obligata eſt crediti nomine, *(a)* tum etiam per metonymiam adjuncti res ipſa, in qua tale Ius & obligatio creditori conſtituta eſt. *(b)* 3

a) *l. 4. ibi contrahitur hypothecæ per pactum. Item, ibi, ut res ſint hypothecæ nomine obligatæ. l. 5. ibi, res hypothecæ dari, l. ſi is qui. 11. §. uſusfructus, ibi uſusfructus an poſſit hypothecæ dari, & §. ult. ibi, ut hypothecæ ſint, l. grege 13. §. ibi dari hypothecæ §. ſi ſub conditione, ibi, obligata ſit hypotheca, § ſi duo ibi, in quantum quiſque obligatam hypothecam habeat, l. ſi fundus. 16. in princ. ibi fundus hypothecæ datus ſit, §. ſi res, ibi, res hypothecæ data, ff de pignorib. & hypothec.* (b) *d. l. grege. 13. § etiamſi venditor, ibi hypothecæ manet obligata, §. ſi ſub conditione, ibi obligata ſit hypotheca, & §. ult. ibi ſi obligata ſit hypotheca. l. ſi fundus. 16. §. creditor, ibi, hypothecam ſibi per ſententiam adjudicatam, §. ſi duo, ibi obligatam hypothecam habeat, l. fidejuſſor 26. § ult. ibi, quæ ſunt modo in prædiis conſtituta, hoc eſt in hypothecis, ff. de pignor. & hypoth.*

Ita ſi verò, quantum ad actionem in rem, quæ pignoris nomine com-

competit, inter pignus & hypothecam nihil interſit, (a) generali quoque appellatione pignoris etiam hypotheca contineatur: (b) propriè tamen aliud eſt pignus, aliud hypotheca: quippe cum pignoris appellatione propriè contineatur res mobilis, quæ creditori in ſecuritatem crediti ſimul traditur, (c) & non impropriè cùm immobilis vel incorporalis rei poſſeſſio in creditorem transfertur. (d) Hypotheca verò, cùm res non traditur creditori, ſed vel nuda conventione, vel aliter pignori obligatur. (e)

a) *Dict. §. Item Serviana 7. inter pignus autem. Inſtit. de action. l. res hypothecæ 5. §. inter pignus, ff. de pignor. & hypothec.* Iohan. Borcholt. *in Commentar. in conſuetud feudor. cap. 3. num. 61. & in Commentar. in tit. de pactis, cap. 2. de ſecund pactor. diviſ. num. 34.* (b) *l. 1. in princ. & §. 1. & l. domo. 21. ff. de pignor. act. l. ſi tibi decem 17. ff. de pactis, l lex vectigali. 31. ibi fundus pignori datus eſt, l. debitor 32. ibi prædia pignori data, l. cum per tabernam 34. in princ. ibi tabernam pignori dederit, ff. de pignor. & hypoth. l. non ſolùm 33. §. ſi rem, verſ. at ſi nuda conventione, ff. de uſurpat. & uſucapion.* (c) *d. l. plebs 238. § pignus, ff. de verbor. ſignific. l. ſi rem. 9 §. propriè, ff. de pignorat. action. & d. §. 7. verſ. inter pignus verſ. nam pignoris appellatione, Inſt de act.* (d) *l. ſi is, 11. §. ult ff. de pig. & hypoth. d l ſi rem 9. §. propriè ff de pignor. act. d §. inter pignus, verſic. nam pignoris, ibi, maximè ſi mobilis ſit. Inſt. de act.* (e) *per textus ad lit. C. adſcriptos & ad theſ. 43. ſub lit. C. diſput. 2. claſſ 2.*

5 Cæterùm in pignore & hypotheca generaliter ſpectamus, tum ejus conſtitutionem, tum jus, id eſt, poteſtatem, quam creditor in re pignori vel hypothecæ obligata habet, tum denique modo, quibus pignus vel hypotheca ſolvitur.

6 Conſtituitur autem pignus, itemque hypotheca, vel conventione, (a) vel ultima voluntate, (b) vel à Magiſtratu, (c) vel ab ipſa lege. (d)

a) *l. 1. In princ. & §. 1. ff. de pignorat. act. l. 4. ff. de pign. & hypoth. l. 1. §. ult. & l. 4. in princ ff. de pactis.* (b) *l. non eſt mirum. 26. in princ. ff. de pig. act. l. 9 ff. de annuis leg.* (c) *d. l. non eſt mirum, 26. §. 1. ff de pign. act.* (d) *l. 1. ibi, hypothariam ab ipſa lege induci. C communia de leg & fideicom. l. 6. §. ult. C. de bonis, quæ liberis l. unic. §. 1. C. de rei uxor. act.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. tit. 2.*

7 Et quidem conventione expreſſa, (a) vel tacita. (b)

a) *Dict. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. 1. in princ. & §. 1. ff. de pignorat. action.* 8 *l. contrahitur. 4. ff. de pign. & hypothec. l ſi tibi decem. 17. §. de pignore. ff. de pactis.* (b) *d. l. 4. in princ. ff. d. t. & l. creditor. 3. §. ult. ff. qui potior in pignore habeantur.*

Expreſſa

Expressa conventione constitutum pignus & hypotheca, quatuor 8
recipit tractatus. Vnum de personis, quæ pignus vel hypothecam dare possint, & per quas nobis hypothecæ vel pignoris obligatio acquiritur. Alterum de rebus, quæ pignori vel hypothecæ dari possint, & qualiter ea obligentur. Tertium de pactis, quæ in pignoris vel hypothecæ constitutione interponi solent. Quartum de speciebus expressæ conventionis, qua res pignori vel hypothecæ obligatur.

Is autem solus rem pignori vel hypothecæ obligare potest, cujus in 9
bonis ea res est, (a) sive ipsemet pignori vel hypothecæ rem det, sive per alium id fecerit. Procurator enim ex speciali mandato sui domini, (b) ut & universorum bonorum procurator ejus domini, qui sub pignoribus mutuas accipere pecunias solebat, rectè sui res pignori vel hypothecæ obligat.

a) *l. Qui prædium. C. si aliena res pignori data sit.* Mozz *de pignorib. tit. de person. quæ pignor. possunt. num. 1.* (b) *l. solutum. 11. §. ult. ff. de pignoratit. action.* (c) *l. vel universorum. 12. ff. d. t. & l. 2. C. per quas person. nobis adquirat.*

Tutor item, & curator, adolescentis, vel furiosi, quia domini loco 10
habentur, cùm in rem pupilli, vel adolescentis, vel furiosi, pecuniam accipiunt mutuam, lege non refragante, rem pupilli, adolescentis, vel furiosi, hypothecæ vel pignori obligare possunt.

l. Tutor, qui. 27. ff. de admin. & pericul. tutor. l. tutor. 16. ff. de pignerat. action. l. Curator. 3 C. si alien. res. pignor. dat sit. l. ad ea. 157. in princ. ff. de reg. jur. l. interdum fur. 56. §. qui tutelam. ff. de furtis. l. si is. qui. 11. §. 7. ff. quod vi aut clam. Donell. *de pignor. cap. 8. in fin.*

Filius quoque familiàs & servus, rem peculiarem, si ejus liberam 11
administrationem habeant, rectè pignori vel hypothecæ pro se (a) non pro alio (b) obligant.

a) *l. Si convenerit. 18. §. ult. & l. seq. ff. de pignerat. action.* (b) *l. 1. §. 1. ff. quæ res pignor. vel hypoth. dare obligari non possunt.*

Si item is, qui bona Reip. jure administrat, mutuam pecuniam pro 12
ea accipiat, potest res ejus pignori vel hypothecæ obligare.

l. Si is qui. 11. in princ ff. de pign. & hypoth. & facit *l. civitas 26. ff. de reb. credit.* Donell. *dict. cap. 8.*

Pupillus tamen & minor 25. annis, absque tutoris sui authorita- 13
te, vel consensu curatoris, rem suam pignori vel hypothecæ dare non possunt.

l. 1. in princ. ff. quæ res pig. vel hypoth. data. oblig. non poss. l. ult. C. de reb. alienis non alienan. l. 3 C. de integr. rest. minor. Et si minor prædia emerit, & in eum usque diem ipsa prædia pignori obligata esse voluerit, do-

nec precium exiolvatur, rata non est obligatio *d. l. 1. §. ultim. ff. de reb. eor.* vid. Pinel. *part 3 num. 52. C. de bon. matern.*

14 Adquiritur autem nobis, pignoris & hypothecæ obligatio, non solùm per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per filios & servos nostros, (*a*) non etiam per liberas personas, veluti per procuratores nostros, (*b*) præterquam in casu, quo nostro nomine mutuam pecuniam dantes, pignus vel hypothecam acceperunt. (*c*)

a) *Inst. per quas pers. nobis obligat. acquirat.* (b) *l. solutum 11. §. per liberam penult. ff de pignerat action. l. 1. C. per quas pers. nob. acquir.* (c) *l. 2. C. d. t.* Balduin. *in Instit. suo pag. 231.*

15 Non item rectè pignus datur extraneæ personæ, in quam duntaxat solutio in ipso contractu collata est, proindeque debitor pignus datum, ab ea adjecta persona repetere potest.

l. Is qui promisit. 33. ff. de pign. & hypoth. non enim adjecto, sed soli contrahenti obligatus est debitor. *l. ultim. §. si ita autem stipulatus 3. ff. de verbor. obligat. & §. si quis alii. 4. verfic. planè solutio. Instit. de inutilibus stipulat.*

16 Sequitur de rebus, quæ per conventionem pignori vel hypothecæ dari possunt, vel non; & qualiter eæ obligentur. (*a*) Et possumus pignori vel hypothecæ obligare, non modò res proprias, sed & quas bona fide possidemus, ut eorum nomine nobis Publiciana in rem actio competat. (*b*) Item vectigale & superficiarium prædium, (*c*) ut & ea quæ nobis debentur, (*d*) tum etiam ea, quæ nondum perfectè sunt, futura tamen sperantur, ut fructus pendentes, partus ancillæ, & fœtus pecorum. (*e*)

a) *De hoc bipertito tractatu est tit. C. Quæ res pignori obligari possunt vel non & qualiter pignus contrahatur.* (b) *l si ab eo. 18 ff. de pignor. & hypoth.* (c) *l. inter. 16. §. ult. & seq. ff. de pignor. act. l. grege. 13. § & in superficiariis. l. lex vectigali. 31 ff. de pignor. & hypothec. l. etiam. 15. ff. Qui pot. in pign. habeant.* (d) *l. si convenerit. 18. in princ. ff. de pignor. act l. 4. C. quæ res pign. obligari possunt. l. 1. in princ. l. grege. 13. §. cum pignori, ibi, cujus nomen pignori datum est ff. de pignor. & hypothec.* (e) *l. & quæ nondum sunt. 15. in pr. ff. dict. tit.*

17 Ipse quoque creditor, rem sibi pignori vel hypothecæ oppositam, alii pignori vel hypothecæ obligare potest, (*a*) ut & debitor rem suam, alii antea oppignoratam vel hypothecæ oppositam, novo creditori suo, de priori tamen pignore vel hypotheca certiorato, obligare pignori vel hypothecæ non prohibetur. (*b*)

a) *l. Grege. 13. §. cum pignori. ff. de pignor. & hypothec. & tot. tit. Cod.*

si pi-

Digitized by Google

si pignus pignori datum sit. (b) *l. si quis in pignore. 36. §. 1. ff. de pignor. action.*

Vsusfructus item, non modò à domino plenæ proprietatis, sed & ab 18
ipso usufructuario, (a) tum etiam servitutes prædiorum rusticorum, ab eo, cui illæ competunt, veluti, iter, actus, via, aquæductus, creditori qui vicinum fundum habet, hypothecæ dari possunt. (b)

a] *l. 1. Vers. sed si vos usumfructum. C. si pignus pignor. datum sit. l. si is qui. 11. §. ususfructus. 2. l. & quæ nondum. 15. in princ. ff. de pign. & hypoth.* Cujac. *in Commentariis in lib. 11. responsor. Papiniani pag. 510.* Pacius *cent. 5. variar. quæst. 25.* Treutler. *vol. 1. disp. 16. th. 10. lit. B. & volum. 2. disp. 1. th. 5. lit. F.* Bachov. *de pignor. & hypothec. lib. 2. c. 6. fol. mihi. 113.* (b) *l. sed an via. 12. ubi Dd. ff. de pign. & hypoth.* Conuan. *lib. 4. Comment. 14. num. 1. 2. 3. & 4.* Cujac. *lib. 15. obs. c. 6. & in Comment. in lib. 68. Pauli ad edictum, pag. 138. & seq.* Dissentit Duar. *lib. 2. disp. anniversar. c. 13.* quem sequitur Donellus *in tractat. de pignor. & Hypothec. c. 8.* Dissentit idem Mudæus, *ad t. eundem c. Quæ res obligentur, & obligata intelligantur, n. 16. pag. 310.*

Cæterùm religiosæ & sacræ rei, item liberi hominis, & rei ad ara- 19
tionem & agriculturam pertinentis, pignus vel hypotheca non consistit.

l. Si monumento. 3. & l. qui filios. 6. C. quæ res pignor. oblig. poss. vel non. l. ult. ff. quæ res pignor. & hypoth. dat. oblig. non poss. & c. 2. extr. de pignor. l. privilegia. 17. C. de SS. Eccles. Bachov. *de pignor. d. lib. 2. c. 12.*

Neque jura prædiorum urbanorum, pignori vel hypothecæ esse 20
possunt, (a) neque usurarius ita suum usum obligare potest. (b) Neque Vasallus fundum feudalem. (c)

a) *l. Si is qui. 11. §. ult. ff. de pignor. & hypoth.* Differentiæ rationem cur servitutes rusticæ, non etiam urbanæ, pignori vel hypothecæ obligari possint, exponit Cujac. *dicto lib. 15. obs. c. 6. & in Comment. lib 68. Pauli ad edictum, pag. 139.* (b) *c. 1. in pr. de prohib. feud. alien.* per Frider. *tit. 55. libr. 2. F. & cap. 1. §. aut si libellario. t. 5. libr. 1. F.* Vide Bachov. *in tract. de action. disput. 3. ad thes. 33. fol. 101. vide class. 5. disp. 19. thes. 63. lit. F.*

Etsi verò debitor, si rem alienam etiam sciens, domino ignorante 21
pignori dederit, & ipse directam pignoratitiam actionem, movere contra creditorem soluta pecunia possit, (a) & ab ipso creditore, convenire etiam contrario pignoratitio judicio queat: (b) Vt etiam stellionatus extraordinario, cum sciens, prudensque creditorem deceperit. (c) Attamen, si in rem hypothecariam & Servianam spectes actionem, quæ de pignore vel hypotheca institui etiam contra tertium possessorem po-

test, res aliena, etiam in communione existens, purè (d) pignori vel hypothecæ inutiliter datur, (e) nisi postea dominus ratum illud negocium habeat. (f)

a) *l. Qui prædium 6. C. si alien. res pign. l. si pignore. 22. §. si prædo. ff. de pignor. act.* (b) *d. l. si rem alienam 9. in pr. l. tutor. 16. §. 1. & l. cum debitori 32. ff. dict. t. l. 6. C. si res aliena pign data sit.* (c) *l. si quis in pignore 36 in pr. & §. 1. ff. de pign. act.* (d) Nam aliena res utiliter potest obligari, sub conditione si debitoris facta fuerit. *l. si fundus. 16. §. aliena res. ff. de pignor. & hypoth.* (e) *l. 1. 2. l. qui prædium. 6. & l. si in rem. 7. C. si alienare res pignori data sit. l. unic. C. si res communis pignori data sit. l. 2. Cod. commun. divid. l. si fratres. 7. C. commun. utriusque judicii.* Mozz. *de pignorib. t. de reb. quæ pignor. poss. num. 2.* Bachov. *dict. lib. 2. c. 3.* Donell *de pignor. c. 9.* Obstare videtur. *l. rescriptum. 12. §. 1. ibi, quali quali obligatione. ff. de distract. pign.* Sed Cujac. *in comm. lib. 3. quæst. Pauli. pag. 80.* qualem qualem obligationem, explicat nullam obligationem, uti etiam qualem qualem possessionem, *in l. gerit 88. ff. de acquir. hæred.* interpretatur nullam possessionem. Dissentit Petrus Faber. *l. 2. semestr. cap. 17.* (f) *l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. & hypothec. & l. ante omnia. 23. ff. de probat.*

22 Quod si tamen, debitor rei alienæ, pignori vel hypothecæ datæ, postea dominus esse cœperit, licet non directo; ex æquitate tamen utiliter, convalescit pignus vel hypotheca, & creditori, licèt scienti rem esse alienam, non tantùm retentio, si eam rem possideat, (a) & actio pignoratitia (b) contraria adversus debitorem, sed etiam hypothecaria actio utilis, (c) ut contra debitorem, sic etiam contra tertium aliquem rei ipsius possessorem competit, si ignorans rem alienam pignori vel hypothecæ acceperit.

a) *l. 1. in princ. ff. de pignorib. & hypoth.* Obstare videtur. *l. cùm vitiosè 25. ff. de pignor. & hypoth.* est de eo casu quo ex eo post facto non convaluit pignus: convalescit si debitor postea dominus fiat. vide Pacium. *cent. 5. variet. quæst. 24.* & Cujac. *in Comment. in lib. 11. resp. Papin. pag. 465. col. 1 & 2.* (b) *l. cum res. 5. ibi. exemplo pignoratitiæ, C. si res alien. pignor data sit. d. l. qui prædium, 6. C. eod. l. si rem alienam. 9. in pr. d. l. tutor. 16. §. 1. ff. de pign. action.* (c) *d. l. 5. C. si res alien. pign. data sit. d. l. 1. in princ. ibi, difficilius creditori, quinon ignoravit alienum utilis actio dabitur. ff. de pignor. & hypoth. & l. qui balneum. 9. §. ult. ff. qui potior. in pignor. habe.* Cujac. *in tract. 8. ad Affric. in explicat. d. l. 9. §. ult. ff. d. t. mihi pag. 541. & in lib. 7. different.* Modestini *mihi pag. 123. & seq. Item in Comment. in lib. 3. Quæst. Pauli. pag. 80. & seqq. & in Comment. in lib. 11. respons. Papin. pag. 463.* Vide Christinæ. *vol. 1. decis. 322.* Vult. *discept. scholastic. c. 17.*

Ipse.

Digitized by Google

Ipſe verò dominus rei obligatæ, ſi hæres extiterit debitori, conveni- 23
ri hypothecaria utili non poteſt, (a) licet tertius poſſeſſor hoc caſu utili hypothecaria teneatur.

a) *l. Rem alienam. 41. verſic. non eſt idem dicendum. ff. de pignorat. action.* eſt enim hæc actio in rem. *l. pignoris. 17. ff. de pignor. & hypoth.* quâ dominus ipſemet non tenetur. *l. pen. & ult. ff. de publician. in rem actio.* (b) *l. ſi Titio. 22. ff. de pign. & hypoth.* Inter hanc legem & *d. l. rem alienam. 41. ff. de pignor. action.* pugna quædam eſſe videtur, quam alii aliter dirimere conantur. vide Hunn. in Treutler. *vol. 2. diſp. 1. th. 5. lit. A. &c.* Nicol. de Paſſerib. *de conciliat. leg. pag. 281. &c.* Accurſ. *in d. l. ſi Titio. 22. ff. de pign. & hypoth.* Alciat. *7. paverg. cap. 14.* Duaren. *ad t. de pignor. act. c. 7. & lib. 2. diſp. c. 4.* Conman. *lib. 4. Comment. c. 13. num. 9.* Iohan. Robert. Aurel. *lib. 2. recept. lect. c. 1.* Gabriel Mudæ. *Tit. de pign. & hypoth. c. 1. num. 21.* Cujac. *lib. 16. obſ. c. 26. & Comment. in lib. 7. different.* Modeſtin. *pag. 123. & ſeq. item in Commentar. in lib. 11. reſp. Papin. pag. 465. & in Comment. in lib. 3. quæſt. Papin. pag. 82. & ſeqq.* Donell. *tract. de pign. & hypoth. c. 7.* & Herman. Vult. *lib. diſcept. Scholaſt. c. 17.* adde novitas Bachov. *lib. 2. de pignor. c. 4. n. 8.*

Qualiter autem res pignori vel hypothecæ obligantur, modo nobis 24
diſpiciendum eſt: & obligantur vel generaliter, vel ſpecialiter. (a) Generaliter cum omnia debitoris bona præſentia & futura, pignori vel hypothecæ opponuntur, (b) id quod fieri etiam intelligitur, cùm quis ſimpliciter omnia bona obligat, hac enim conventione, continentur etiam bona, quæ poſtea adquiruntur, licèt de futuris bonis nihil expreſsè dictum fuerit.

a) *l. 1. l. Nomen. 4. C. quæ res pign. oblig. poſſint. l. 1. in princ. l. obligatione. 6. l. Paulus. 29. in princ. ff de pignorib. & hypothec. l. 2. ff. qui potior. habeant. l. ſi qui mihi, 28 ff. de jure fiſci.* (b) *d. l. 1. in princ. l. & quæ nondum. 15. §. 1 ff. de pign. & hypoth. l. 2. C. d. t. l. ult. C. de remiſſion. pign.* (c) *l ult. C. quæ res pign. obl. poſſ.*

Et generaliter obligantur debitoris bona, etiam hac verborum 25
conceptione: Fide & periculo rerum ad me pertinentium. Item per mearum rerum exactionem ſatisfieri tibi promitto: Es ſoll euch von meinen Gütern entrichtet vnd erſtattet werden / jhr ſollet von meinen Gütern contentiret/vnd zufriden geſtellet werden.

d. l. Vlt. C. quæ res pignor. obligar. poſſ. quæ lex pertinet ad ultimam partem rubricæ illius, & ſummè notanda eſt. Nam aliquando in ſuprema curia Würtembergica, longam de gravi quadam cauſa dubitationem, dominorum adſeſſorum, ea tandem penitus ſola ſuſtulit, de qua videri quoque poteſt Mudæus *ad t. de pign. & hypoth. cap. quomodo hypoth.*

contrab. num. 17. pag. 296. Vide tamen omnino Georg. Everhard. *lib. 4. cons. 91. num. 49.*

26 Ea tamen, quæ verisimile est, quenquam specialiter obligaturum non fuisse, haud continentur generali pignoris vel hypothecæ obligatione, ut sunt: Supellex, vestis, servi aratores, boves aratorii, instrumentum aratorium, cæteræque res, quæ ad usum debitoris perquam necessariæ sunt, vel ad affectionem ejus pertinent. (a) Iura quoque & nomina non intelliguntur obligata, si bona mobilia & immobilia simpliciter sunt nominata. (b)

a) *l. Obligatione generali. 6. cum duab. sequentibus, ff. de pign. & hypoth. l. executores. 7. & l. pignorum. 8. Cod. quæ res pignori obligari poss.* Mudæus *ad t. de pign. & hypoth. cap. quæ res obligata intelligantur, num. 6. & seqq. pag. 316.* (b) Iura enim & nomina licet propriè dicantur bona *l. rem in bonis. 52. ff. de acquir. rer. domin.* attamen diversam constituunt bonorum speciem, & proprie neque mobilia neque immobilia dicuntur bona. Vt ostendum *in class. 5. disp. 1. th. 15.* vide insuper Negusant. *de pign. & hypoth. part. 2. membr. 2. n. 9.*

27 Specialiter obligantur res pignori vel hypothecæ, cùm ipsa conventio, in certam rem unam, vel plures confertur.

l. 1. In princ. l. & quæ nondum. 15. §. quod dicitur. 1. ff. de pignor. & hypothec.

28 Vt autem generali pignoris & hypothecæ obligatione, continentur non modò præsentia sed & futura debitoris bona, sic & rei specialiter obligatæ, quæ accedunt, pignori vel hypothecæ tenentur. Nam obligato pignori, seu hypothecæ mancipio, etiam partus ejus; & pecoribus obligatis, fœtus pecorum: (a) obligatis item prædiis, fructus prædiorum, pignori seu hypothecæ tenentur, (b) modò partus, fœtus, & fructus illi non apud alium dominum, quàm debitorem, aut ejus hæredem, vel creditorem editi aut nati fuerint. (c) Vnde & grege pignori obligato, quæ postea nascuntur tenentur. Sed etsi prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. (d) Continentur generali hypothecæ obligatione bona Emphyteutica. (e)

a) *l. Fidejussor. 26. § ult. l. Paulus. 29. §. 1. ff. de pignorib. & hypoth. l. 1. C. de partu pign.* ubi Cujac. *in paratit. Idem ad Iul. Paul. 2. sent. t. 5.* (b) *l. 3. C. in quibus caus. tacit. pign. vel hypothec. contrahit.* (c) *d. l. Paulus. 29. §. 1. ff. de pign. & hypoth.* (d) *d. l. Paulus. 29. §. 1. ff. de pign. & hypoth.* (e) *l. grege. 13. in princ. & d. l. fidejussor. 26 §. ult. d. t.* (f) *per l. tutor. 16. §. fin ff. de pign. action. l. lex vectigal. 31. ff de pign.* nisi in eam quantitatem obligentur. Vt non sint spes eorum fuendorum, ut sentit Gothofred. *ad d. l. 31. per l. 101. ff. de leg. 3.* Treutl. *vol. 2. disp. 1. thes. 2. lit. D.* adde Manticam *de tacit. & ambig. conven. lib. 11. t. 4.*

Ta-

Taberna quoq; pignori sive hypothecæ obligata non tantùm mer- 29
ces, quæ conventionis tempore in ea erant, sed & quæ postea comparatæ, in eam sunt illatæ, pignori sive hypothecæ obligatæ videntur.

l. Cùm tabernam. 34. in princ. ff. de pignor. & hypoth. Vide Negusant. *de pignor. part. 2. membr. 2. num. 12. & 22.* Zasium *in §. 7. num. 21.* & Heigium *num. 15. & seqq. Inst. de actioni.* Menoch. *de adipisc. possess. rem. 3. numer. 125. & seqq.* Pinel. *ad rubr. C. de bon. mater. part. 1. num. 45. & seqq.* qui docent, quod non obstante hac obligatione, debitor merces tabernæ vendere possit.

Quod item fundo obligato, per alluvionem accessit, (a) & usus- 30
fructus, qui proprietati obligatæ accrevit, (b) ut & ædificium areæ obligatæ impositum, (c) pignori sive hypothecæ tenetur.

a) *l. Si fundus. 16. in princ. ff. de pignorib. & hypoth.* (b) *l. si convenerit. 18. §. si nuda ff. de pign. action.* (c) *d. l. si fundus. 16. §. si res, 2. & l. ult. ff. de pign. & hypoth. l. domo. 21. ff. de pign. act.* vide Donell. *tr. de pign. & hypoth. c. 6.*

Dispiciendum nunc de pactis, quæ in pignoris vel hypothecæ con- 31
ventionali constitutione interponi solent: quæ justa, vel injusta sunt. (a) Iustum pignoris vel hypothecæ pactum est, si debitor promittat, se creditori cessurum re obligata, nisi intra certum tempus pecuniam solverit, quod pactum id comprehendit, quod creditor rem obligatam communi jure vendere debet, non etiam, ut eam emptionis jure habeat. (b)

a) Vide Mudæum *ad tit. de pignor. & hypothec. c. de pact. pignor. & hypothecar. pag. 322. & seqq.* (b) *d. l. 1. C. de pact. pign. & l. 1. C. de pign. & hypothec.*

Est item justum pactum pignoris hypothecæve, si venditor empto- 32
ri, cùm ei ab aliquo proprietatis quæstio moveretur, evictionis nomine, hac lege obligaverit fundum, ut eum, si res, quæ vendita est, evicta non fuerit, obtineat: quod pactum eam vim habet, quod venditor, si contra eum, qui moverat quæstionem, lata fuerit sententia, atque ita emptori parata sit securitas, repetere fundum potest, nec in aliam evictionis causam fundus ille tenetur.

l. 2. C. de pact. pign. sed justum pactum an sit si convenit ne debitor alienet rem pignori datam. vid. Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 13. tit. 6.*

Non minus est illud justum & pignoris hypothecæve pactum, si 33
convenerit specialiter, ut quod ex venditione rei obligatæ redegerit creditor, id omne sibi haberet, (a) vel si debito minus redegerit pretium, eo sit contentus in crediti vicem. (b)

a) *l. Ult.*

Digitized by Google

a) *l. Vlt. C. de distraction. pignor.* Ratio hujus Iuris est, incertus venditionis eventus, Cujac. *in paratit. C. d. t.* (b) *l. à Divo. 15. §. si pignora. ff. de re jud.*

34 Similiter justum pignoris vel hypothecæ pactum est, si convenerit, ut creditor mutuæ pecuniæ, prædio obligato, ad finem & modum legitimarum usurarum, utatur fruatur, donec debitor pecuniam solvat: (a) quod pignus Iurisconsuli ἀντίχρησιν appellant. (b)

a) *l. 1. § Pacto. l. si is. 11. §. 1. ff. de pign. & hypoth. l.* Gajus Sejus. *93. ff. de pign. action. l. legata. 9. §. ult. ff. de supell. legat. l. si ea pactione. 14. l. si ea lege. 17. C. de usur.* vide Andr. Gail. *libr. 2. observ. pract. observat. 3.* & Mynsing. *cent. 6. observ. 71.* Rauchbar. *lib. 1. quæst. jur. 20. per tot.* Cöpen. *decis. 222.* Bachov. *d. pignor. lib. 1. cap. 15. pag. 64.* De pacto ne fructus forte imputentur. Vide Manticam. *dict. lib. 11. tit. 8.* (b) *d. l. si is. 11. §. 1. ff. de pig. & hypoth. l si pecuniam 33. ff. de pign. act.* Dn. D. Besold. *disput. 2. ad l. Wr. thes. 22.*

35 Injustum verò, proindeque non servandum (a) pignoris hypothecæve pactum est, si vel ab initio, in ipsa constitutione, vel ex intervallo convenerit, (b) ut ad diem pecuniâ non soluta, creditoris sit res pignori obligata, (c) quod pactum jura nostra legem commissoriam appellant. (d)

a) *Per l. epistola. 52. §. pactum. 2. ff. de pactis.* (b) ita contra omnes rectè sentit Molin. *Tractat. de usuris, quæst. 363. & seqq. mihi pag. 349. & seqq.* (c) *l. 3. C. de pact. pignor. tit. 27. libr. 1. feud.* vide Balduin. *in Tractat. de pign. cap. 17.* & Mudæum *eodem Tractat. cap. de pacto legis commiss. pag. 336. & seq.* Mantica *dict. lib. 11. tit. 9. & seq.* (d) *d. l. 3. C. de pact. pign. & dict. tit. 27. lib. 1. feud.* Sed an pactum valeat quod creditor propria authoritate possit pignoris possessionem ingredi, vide Manticam *de tacit. & ambiguis convent. libr. 11. tit. 5.* Fürstlich Würtenbergisch Landrecht/ *part. 2. tit. 7. §.* Was für Pacten. *vers.* gleicher weiß.

36 Succedunt species expressæ conventionis, quâ pignus & hypotheca constituuntur, quæ sunt contractus, (a) & pactum legitimum. (b) Contractus est conventio ejusmodi, & pignus appellatur, (c) si res ipsa, quæ pro debito obligatur, creditori simul tradatur. (d)

a) *§. Vlt. Inst. quibus modis re contr. oblig.* (b) *l. si tibi decem. 16. §. de pignore, ff. de pactis. l. contrahitur. 4. ff. de pignor. & hypothec.* de utraque specie est textus *l. 1. ff. de pigneratit. action.* (c) *l. 1. in fin. ff. de pact.* (d) *d. § ult. Inst. quibus modis re contrahit. obligat. & l. 1. §. creditor quoque. ff. de oblig. & actionib. d. l. 1. in pr. ff de pign. action.*

37 Pignus, quod ut dixi, contractus est, specialiter afficit ejus obligatio, quæ principalis sive directa est, vel contraria. (a) Directa sive principalis

cipalis pignoris obligatio est, quâ debitor, qui pignus tradidit, creditor qui accepit pignus, ad præstandum debitum pignore contractum (b) necessitate astrictus est, in eaque duo spectamus: debitum ad quod præstandum creditor obligatus est, (c) & actionem quâ debitor persequi ejusmodi debitum potest. (d)

a) *l. 1. In fin. ibi, pignoratitia contraria actione, l. 3. ibi, contraria pignoratitia, l. si necessarias 8 in princip. ibi, contrariam pignoratitiam actionem, & l. seq. in princ. ibi, contrarium judicium, l. tutor. 16. §. 1. ibi, contrariam pignoratitiam, item ibi, contrarium pignoratitium judicium. l. si pignore 22. §. si post, ibi, contrario judicio, & §. seq. ibi, pignoratitia contraria actionis. l. eleganter 24. in princ. ibi, contrariam pignoratitiam ff. de pignor. act.* Quibus locis omnibus, cum fiat mentio pignoratitiæ actionis contrariæ, sequitur inde, esse & directam sive principalem pignoratitiam actionem. *argum. l. in commodato. 17. §. 1. ff. commod. & §. ex quibusdam, ibi, directis non contrariis actionibus. Instit. de pœna temerè litig.* Quia autem actio pignoratitia alia directa sive principalis est, alia contraria, necessariò & ipsa obligatio pignoris, directa sive principalis, & contraria erit, obligatio enim parit actionem, *l. licet 42. §. ea obligatio, ff. de procurat.* Et ex qualitate effectus, metimur causæ qualitatem. (b) *l. 1. §. creditor, ff. de obligat. & action. & §. ultim. Instit. quibus modis re contrah. obligat.* (c) *Argument. §. 1. Instit. de obligat.* (d) *argument. dict. l. licèt. 42. §. ea obligatio ff. de procurat. juncto. §. 1. Inst. de action.*

Debitum ad quod præstandum creditor obligatus est debitori, est tum cura rei pignoratæ, tum ejusdem rei tempestiva restitutio. 38

Donell. *in lib. 4. Comment. cap. 3. pag. 221. & seqq.*

Cura autem rei pignori obligatæ in eo versatur, ne creditor quid dolo, lata vel levi culpa faciat, aut fieri patiatur, quo res pignori obligata, vel pereat, vel deterior fiat. Cùm enim pignus utriusque & debitoris & creditoris causa contrahatur, exactam, ut diligens paterfamiliàs, rei obligatæ curam adhibere tenetur. 39

Dict. §. ult. Inst. quib. mod. re contrahit. obligat. l. si ut certo. 5. § nunc videndum. ff commodati. l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. si cùm venderet. 13. §. 1. & seq. l. si pignore. 23. in fin. l. si servos. 25. ff. de pign. act. l. creditor. 7. C. d. t. l. prætor ait. 9. §. præterea. ff. de reb. autor. jud. possid. Cujac. *in Comment. lib. 29. Pauli ad edictum pag. 54. & seq. & ad d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* Vbi & ego *in meo Comment. cap. 4. num. 74.*

Si tamen solius creditoris gratia pignus ei datum sit, ut si is pecuniam suam etiam sine pignore paratus fuerit credere roganti amico, ut ea in tutum redigeretur, præstat & levissimam culpam (a) ut &, si nominatim convenerit, ut eam præstaret. (b) 40

a) *l. Si cum venderem. 13. in fin. ibi, venit & custodia. ff. de pign. act. l. sicut vim. 19. ibi, sed & custodiam. C. de pignor. & hypothec.* Cujacius *lib. 19. observat. cap. 24.* (b) *dict. l. contractus 23. §. sed haec ita, ff. de reg. jur. & d. l 5. §. sed an etiam. vers si hoc actum est. ff. commod.* Vide Bachovium *tr. de pignorib. lib 5 cap. 21. num 3. & 4 pag. 463.*

41 Casum tamen improvisum creditor non praestat, nisi in se & eum susceperit.

l. Quae fortuitis 6. C. de pig. act. d. l. contractus 23. in fin. ff. de reg. jur. d. l. 5. §. nunc videndum, vers. aut si hoc ab initio. ff. commod.

42 Tempestivam rei obligatae restitutionem quod attinet, dispiciendum quae ejusmodi sit restitutio, & quid restituendum. Est autem tempestiva rei pignori obligatae restitutio, quae fit soluta omni pecunia debita, vel si eo nomine creditori ad ejus placitum satisfactum sit.

l. Si rem 9. §. omnis, 3. & l. si pecuniam 23. ff. de pign. action.

43 Restituenda verò & debitori ea ipsa res, quae pignori fuit obligata, [a] itemque fructus ejus rei sunt restituendi, aut summam debiti eatenus exonerabunt [b] nisi ἀνθιχρησις sit contracta: Tunc enim pro modo legitimarum usurarum fructus ad creditorem pertinent. [c]

a] *Dict. §. ult. Inst. quibus modis re contrah. oblig. & d. l. 1. §. creditor. ff. de oblig. & actio. l. 1. 2. & 3. & l. ultim. Cod. de pig. act. l. si pignore, 22. §. si prado. ff. d. t.* [c] *l. 1. §. pacto. l. si is qui. 11. §. 1. ff. de pignor. & hypothec. &* facit. *l. si ex pactione 14. & l. si ea lege 17. Cod. de usur.* Schaffer. *1. quaest. 17.* Rauchbar. *1. quaest. 20.* qui excessum in fructibus (dummodo non sit nimius) propter incertum fructuum eventum, admittit. *per l. si ea lege. 17. C. de usur.* Inducit etiam Schaefferi *lib. 2. quaest. 22.* contra juris (ut verior) rationem tacitam antichresin ut nimirum debitor tacitè, recompensationem & mutuo datae pecuniae creditori indulsisse intelligatur, quod vice legitimarum usuratum fructus lucrari, quamvis multae usurae stipulatae fuerint, possit. vide *infr. thes. 68. hac disputatione.*

44 Quod si creditor suo jure pignus distraxerit, etiam pretium collectum, quod debitum excedit, restituere tenetur: & si superfluum illud pretii foeneraverit, vel eo ipse usus sit, etiam usuras illius reddere cogitur.

l. Quamvis 6 §. ult. & pen. ff. de pignorat. action

45 Si quoque creditor, pignore surrepto, furti aut furtiva incerti condictione egerit, totum id, quod percepit debito imputatur, & superfluum reddere cogitur, [a] quod tamen ipse debitor furti actione, aut incerti condictione furtiva praestitit, id ei restitui non oportet. [b]

a] *l. Si pignore 22. in princ. ff. de pignor. act.* Obstat quod poena furti

cedat

cedat lucro commodatarii, qui eam restituere commodanti non tenetur, *l. ultim. §. sed cum. 3. C. de furtis.* Et quod eadem cedit conductori, *l. 6. ff. locati*, cùm tamen in locatione conductione non minùs utilitas utriusque versetur quam in pignore. *dict. l. 5. §. nunc videndum vers sed si utriusque. ff. commod* Ad hanc objectionem, respondet ex sententia Accurs. & Bartol. Donell. *dict. lib. 14. cap. 3. pag. 222. circa finem.* Obstat item quod condictio furtiva soli domino competit, *l. 1. ff. de condict furti*, & *§. sic itaque discretis. Instit. de action.* vide Respondent. Cujac. *in Commentar. in lib. 9. quæst. Papin. pag. 222.* [b] *l si debitor. 79. ff. de furtis. & d. l. si pignore 22. in pr. versic. sed quod ipse. ff. de pign. act.* Cujac. *in dict. Comment. in lib. 9. Papin. pag. 221. 222. & seqq.*

Si item cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum & 46
emptorem, ut si solverit debitor emptori pecuniam pretii, liceret ei recipere rem suam, ob hanc conventionem tenetur creditor, ut debitori mandet ex vendito actionem, adversus emptorem.

l. Si cum. 13. in princ ff de pign. action. Vide infra *hac disput. thes. 80.* & Dn. Rumelin *part. 3. disput. ff 5. thes. 14.* Sed an venditor relevans sibi hypothecam pro precio, aut residuo precii, convenire possit tertium emptorem, non excusso emptore primo? vide Schæffer. *lib. 1. quæst. practibil. quæst. 26 per totum.*

Quod si etiam creditor pluris vendiderit pignus, quàm debitum 47
erat, nondum autem precium à debitore exegerit, tenetur certè, actionem jam adversus emptorem, suo periculo mandare debitori, si hic non exspectet quoad emptor solvat.

l. Eleganter 24. §. si vendiderit, ff. d. t. Videtur obstare *l. creditor 42. ff. eod. tit.* ad quam tamen respondet Dn. Martin. Rumelin. *part. 3. disput. ff 5. thes. 17.*

Actio autem, qua debitor persequi pignoratitium hujusmodi de- 48
bitum potest, directa [a] pignoratitia actio, quam contra tertium extraneum possessorem rei obligatæ, cum personalis [b] sit, dari negamus, [c] quem item jam facta solutione natam, longissimi temporis præscriptione tolli haud diffitemur, [d] licet ante solutionem, ad Ius reluendi pignoris, quod debitori competit, nullo tempore perimatur. [e]

a] *Vt arguit rubr. ff. de pign. act. vel contra. & ll. ad Thes. 36. sub litera A. allegatæ*, [b] *l. fin C. de distract. pign.* [c] Sunt, qui putant, hanc actionem esse in rem scriptam, & quod utilis detur ex Iure Canonico etiam contra tertium possessorem, quorum meminit Neguzant. *in tract. de pig. & hypoth. p. 2 membr 2 num. 2.* Idem affirmat Arnoldus ab Haërsolte, *in adversariis de actionib. ad 3. part. fftor. act. 15. num. 5.* [d] *l. nec*

creditores. 10. ubi Dd. *l. ult. Cod. de pign act. l. 2. ibi, in qua omnes actiones personales positæ sunt, id est, in metu 30. annorum, C. de constit. pecun. & l. neque mutui 6. C. quib non objic. long. temp. præscript.* Neguſan. *d. tractat. part. 6. membr. 2. num. 19. & seq.* [e] *per textum. in l. cum notissimi. 7. §. ult. C de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi vide Cujac. *in Paratitl. junctâ l. si rem alienam. 9. §. omnis pecunia, ff. de pig. act.* facit quod non entis nullæ sunt qualitates, *l. 2. ff. de usufruct. l. adeò. 7. §. si toto, ff. de acquir. rer. domin. l. ejus qui in provincia. 41. vers. quod si stipulatus. ff. si cert. pet.* De hac quæst. vide etiam Andr. Gail. *lib. 2. pract. observ. 18.* Mynsing. *cent. 1. observat. 16.* Cujac. *in l. pignore 13. ff. de usurp. & usucap.* & Hyppolit. de Marsil. *Tractat. de fidejussor. num. 101.* Iohan. Oldendorp. *Class. 3. act. 12. pag. 445. versic. cæterum*, & Arnold. ab Haërsolt. *allegat. loc. num. 7.* Hackelman. *illustr. quæstion. disput. 12. thes. 15.*

49 Cæterùm contraria pignoris obligatio est, quâ creditori, qui pignus accepit, debitor qui tradidit pignus, ad quasdam vicissim præstationes adstrictus est. Et in hac itidem spectamus, tum debitas illas præstationes, tum actionem, quâ creditor eas præstationes persequi potest.

Per ll. adscriptas, th. 36. sub lit. A.

50 Debitæ autem præstationes illæ sunt, tum damni, quod culpâ debitoris creditor ratione pignoris sensit: (*a*) tum impensarum, quas creditor in pignus necessariò vel utiliter fecerit, (*b*) tum etiam ipsius rei pignoratæ, vel æstimationis illius rei si creditor rei furto deperditæ æstimationem debitori præstiterit, ipsa verò res postea ad debitorem redierit. (*c*)

a] Quod accidit si debitor aurum esse dixerit, quod pignori dabat, cum æs esset, *l. 1. in fin. ff. de pign. act.* vide Everhard. Bronchorst. *cent. 1. variorum. assertione 87.* Item, si rem alienam, vel alii prius obligatam, ignoranti creditori dedit, *l. si rem. 9. in pr. l. tutor 16. §. 1. l. cum debitore. 32. l. si quis in pignore. 36. ff. de pign. action.* Idem est, si debitor astu recepto pignore, tanquam aliud facturus, illudat creditori, *l. 3. l si pignore 22. §. pen. ff. d. t.* Accidit idem si debitor servum furem pignori dederit, qui servus creditori furtum faciat, *l. si servus 31. ff. d. t.* [b] *l. si necessarias 8. in princip. ff. dict. titul.* Vtiles tamen impensas non aliter repetit creditor, quam si aut inchoata à debitore absolverit, aut voluntate ejus inchoaverit & perfecerit, aut debitori sumptus illi non sint onerosi, sed ab eo facile ferri possint, ut ne propterea cogatur rem pignoratam vendere, *l. si servos 25. ff. de pign. action.* [c] *argum. l. in commodato 17. §. ult. ff. commod. & facit l. 2. ff. de condict. sine causa, & l. bona fides. 57. ff. de R. I.*

Actio

Actio quâ creditor persequi hasce præstationes potest, est pignoratitia contraria actio, sive contrarium judicium. 51

Per ll. subjectas th. 36. sub lit. A.

Quod si debitor rem pignori datam creditori surripiat, etiam furti tenetur actione. [a] Vnde quæritur, si debitor hac furti actione conventus, paratum se dicat, solvere debitum, num invito actore creditore, pœnali actione liberari debeat? & licèt recepta sit Bartoli opinio, volentis, liberandum esse eum; nobis tamen contraria placet sententia. 52

a) *l. In actione 19. §. qui rem pignori ff. de furtis.* (b) per rationes à Iohanne Vaudo propositas, *lib. 1. quæstion. var. qu. 35.*

Et hactenus de prima specie conventionis expressæ quâ pignus obligatur. Altera species est pactum legitimum, quo absque rei traditione hypotheca efficaciter Iure honorario constituitur. 53

l. Si tibi decem. 17. §. de pignore ff. de pactis, l. 1. in princ. ibi, sed etiam nuda conventione, & §. 1. ff. de pign. & hypoth. l. major annis, 23. C. d. t. Quidam scribunt hanc nudam conventionem esse contractum, sed graviter implicant errori.

Tacita conventione constituitur pignus in rebus invectis & illatis in conductum prædium urbanum. Ea enim, licet nihil de pignore nominatim convenerit, locatori tacitè sunt pignori obligata, (a) etiamsi postea efferantur. (b) 54

a) *l. Item quia. 4. in princ. ff. de pactis l. eo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. ult. C. d. t.* (b) *per l. debitorem. 15. C. de pignor.* Costal. *ad l. est differentia 9. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Iohan. Schneidewin. *in §. Item Serviana. num. 53. Inst. de action.* Negusant. *tract. de pignor. & hypoth. part. 2. membr. 4. num. 131. & seqq. pag. 49.* Sed vide Hotoman. *in comm. ad t. de pign. & hypoth. pag. 45.* & Wesenb. *in parat. eod. t. num. 6.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. t. 11. & t. 15.*

An autem inquilini secundi res illatæ & invectæ priori locatori tacitè sint obligatæ quæritur? Ajens opinio verior existimari debet. 55

Per l. solutam. ff. de pign. action. & l. Pomponius. 5. in princ. ff. quib. ex caus. pign. tac. contr. Dn. Harppr. *ad §. item Serviana. num. 13. & seqq. Inst. de action.*

Libri tamen Studiosorum in conductam habitationem illati, non obligantur tacitè: 56

Iohan. Schneidewin. *in §. item Serviana. 7. num. 43.* Mynsi. *ibid. num. 18.* Harppr. *num. 14. & seqq. Inst. de action.* Negusant. *de pign. part. 2. membr. 4. num. 144. arg. l. 7. cum auth. agricultores. C. qua res. pign. obl.*

possunt. 16 ff. de pign. Sichard. ad rubr. C de pign. num. 18. & in l. 5. C. de loc. num. 9.

57 Anceps autem quæstio est, num etiam in conductum prædium urbanum, à minore sine ejus curatore illata & inducta tacito pignori obligata intelligantur, nec ne? Et affirmativæ ut communi & veriori subscribere non dubitamus.

Hanc quæstionem longo stylo examinat Menochius, *tract. de adipisc. possess. Remed. 3 num. 65. & seqq.* Negativam tamen probat *nu. 82.* ut & Coital. *in l. 4. ff. de pactis.* Item, Angelus *num. 4.* & Schneidevv. *num. 44 in §. Item Servian. Inst. de act.* Petr. Augustin. Morla *in Empor. jur. p. 1. lib. 10. quæst. 4. num 3.* Pro affirmativa faciunt, *l. 3. § 1 ibi, quia non ex tutoris vel curatoris voluntate, ff. de reb. eor. qui sub tutel vel curæ sunt, & arg. l. 2. & d. l. 3. ff. d t.* Item *l. furiosus & pupillus 46. ff. de O. & A.* Et quod nusquam ab hoc generali jure, res minorum excipiuntur. Soarez quoque *in thesauro recept. sentent. sub lit. C. num. 237.* communem & receptam hanc sententiam dicit. Probat eandem Acurs. & Bald. *in l. ult. C. de legit. tutor.* Negusant. *de pignor. & hypothec. part. 2. membr. 4. num 154.* Sichard. *in d. l. 5. C. de locat. n. 11.* Treutl. *vol. 1. disp. 6. th 3 lib. P.* Gail. *2. obs 83. n. 3.*

58 Similiter & fructus fundi locati, tacito pacto obligati sunt pignori, domino & locatori ejusdem fundi: [a] Inducta verò, invecta, importata in fundum, non aliter pignori sunt, quàm si id expresso pacto cautum fuerit, [b] & hoc animo probentur illata, ut ad usum fundi ibi sint perpetuò, non temporis causâ. [c]

a] *l 7. In princ. ff. in quib. caus. pign. vel hypothet. tac. contr.* [b] *l. debitor. 32 ff de pignor. & hypoth. l 3. in princ. vers in rusticis. & l. 8. ff. in quib caus. pign vel hypoth. tacit. contrah. l. 5. C. locat. conduct. §. interdict. quoque. ibi, pepigisset, Inst de Interdict l. 1 ff. de Salvian. interdict* Donell. *de pignorib. c. 4* Bronchorst. *cent. 1. assert. 97.* Vult. *lib. 1. Iur. Roman. c 34. num. 13.* Balduin. *de pignorib. c. 6.* Forcatul. *dialog. 17. num. 4.* Arumæ. *exercit. 17. th. 7* [c] *d. l. debitor 32. ff. de pign. & hypoth. d. l. in prad. 37. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* An bona patris pro legitima sint liberis tacite obligata, disputat Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 11. t. 13.*

59 Eadem quoque conventione constituitur pignus, cùm aliquis in casum, si quid de quo convenerat, non præstiterit, veluti si non luerit fundi partem à creditore, suam rem distrahendam alii permittit.

l. 3. § Vlt. ff. qui potior. in pign. hab. Permissa rei distractio, est argumentum tacitè conventi pignoris. Cujac. *in comm. in lib. 11. resp. Pap. pag. 747.* Vide Bartol. & Bald. & marginalem glossam ad Bart. Item

Angel.

Angel. *ind. l. 3. §. ultim. ff. d. t.* Bald. *in l. ultim. in princ. Cod. quæ res pignor. obligar. poſſ.* Matthæ. de Afflict. *deciſ. Neapol. 201.* Franciſc. Cremenſ. *Sing. 2.* & Matthiam Coler. *in tract. de proceſſ. execut. part. 3. c. 12. num. 6.*

Vltima voluntate conſtituitur pignus ſive hypotheca, quando aliquis ſuo teſtamento vel codicillis, rem quandam cuidam creditori pignori eſſe jubet. 60

l. Non eſt mirum. 26. ff. de pignor. action. l. cum hi. 8 §. ſi uni, ibi, nam nec pignus ad hoc datum ff. de tranſact. l. fundus. 9. ubi Cujac. *ff. de annuis legat. l. 1. Cod. commun. de legat. & fideicommiſſ. l. Lucius. 12. ff. de aliment. legat.*

A Magiſtratu conſtitutum pignus eſt prætorium, [a] vel judiciale. [b] Prætorium pignus conſtituitur, cum ex Iure Prætorio, Iudex, id eſt, Magiſtratus, in poſſeſſionem, vel quaſi poſſeſſionem bonorum debitoris, neque ſolventis, neque reſpondentis, neque caventis creditorem mittit. 61

a] *l. Vlt. C. de prat. pign.* [b] *t. t. C. ſi in cauſ. judic. pign cap. ſit, Dd. omnes, in l. à Divo. Pio. 15. §. in venditione. ff. de reb. judic.* Petrus quidem Vanderanus, *in tract. de privil. cred. c. 15. col. 3. verſ. ut autem conſſet*, & Balduin. *in tract. de pignor. c. 8.* & Donell. *eodem tractat. c. 5.* non diſtinguunt inter prætorium & judiciale pignus. At diſtinguendum eſſe oſtendit Cujac. *lib. 5. obſerv. c. 30. & in parat. C. t. ſi in cauſa judicat, pign. cap. ſit.* [c] *d. l. non eſt mirum. 26. in princ. ff de pign. act. l. 1. & 2. C. de prat. pign.* & ibi Cujac. *in paratit. l. 3. verſ. ſed & in poſſeſſionem. ff. de rebus eor. l. miſſio. 12. ff. pro emptore. l. qui legati. 5. C. ut in poſſeſſ. legat.* Cujac. *dict. libr. 5. obſerv. c. 30.* Si creditori non ſolvatur nec de ſolutione caveatur fit miſſio creditoris in bona debitoris *l. 6. in pr. l. 9. §. 1. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Cujac. *in Parat. C. de prator. pignor.* Fit item miſſio in bonorum poſſeſſionem debitoris, ſi in jus tribus vicibus, vel ſemel peremptorie vocatus, ſui præſentiam facere malitioſe contempſerit, *l. 52. §. 1. ff. de re judic. & t. t. extr. de eo qui mittitur in poſſeſſ. rei ſerv. cauſ. c. contingit. 9. extr. de dolo & contumac. l. 2. l. 7. §. 1. ff. ex quib. cauſ. in poſſeſſ. eatur.* vel ſi tutores juſtè non caverint, *§. penult. Inſt. de ſatiſdat. tutor. l. 3. in princ. C. de ſuſpect. tutor. l. 9. in fin. C. de muner. & honor.* Rei ſervandæ cauſa fit miſſio iſthæc, ſi domino non caveatur de damno infecto. *l. 4. §. 1. ff. de damno infecto. &c.* Quomodo autem pignus Prætorium & conventionale differant, docet idem Cujac. *in com. ad lib. 68. Pauli ad Edict. pag. 140. & in lib. 10. Reſp. Pap. p. 456.*

Iudiciale pignus conſtituitur, cum juſſu Magiſtratus, executor judicati, ex bonis condemnati, extra ordinem, in cauſam judicati, quid pignoris loco capit. 62

l. Si

l. Si & jure 10. ff. qui potior. in pign. hab. l. pignora. 30. & l. si plus 174. §. 1. ff. de evict. l. 1. & 1. 1. C. si in caus. jud. pign. capt. sit. Vbi Cujac. *in parat. l. 3. §. si executor. ff. de neg. gest.*

63 Ipsa lege constituitur pignus sive hypotheca, fisco in bonis debitorum, ex causa tributorum & contractuum ejus. [a] Item pupillis & adolescentibus in bonis tutorum & curatorum ratione administrationis, [b] tum etiam pupillo, in rebus pecuniâ ipsius comparatis. [c]

a) *l. 1. 2. Et 4. C. in quib. caus. pign. & hypoth. tac. contr. l. 1. C. propter publ. pensit. l. aufertur 46. §. fiscus. ff. de jure fisci, l. AElianus 10. ff. de manumiss.* Dn. D. Besold. *p. 2. Iur. Würt. th 42.* Non tamen habet fiscus ex omni negocio tacitam hanc hypothecam *l. rescriptum. 10. in pr. ff. de pactis.* (b) *l. pro officio 20. C. de administr. tutor. l. unic. §. & ut plenius, ibi, quemadmodum in administratione pupillarium rerum, Cod. de rei uxor. act.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. libr. 11. tit. 16.* Beust. *in l. admonendi. vers. sexto bona. num. 968. ff. de jurejur.* Etiamsi mater tutelam suorum liberorum gesserit *l. 6. C. in quib. caus. l. 6. §. 2. l. 8. §. 4. Cod. de secund. nupt. l. 2. Cod. quand. mul tut. offic. fung. Novell. 22. cap. 40.* (c) *l. 3. ff. de reb. eor qui sub tutel. vel curat. l. pen. C. de servo pign. dat. manumiss. l. pen. C. de serv. pign. dat. gloss. in l. idemque 7. ff. qui potior. in pign.* Aliorum tamen mutuatorum pecuniâ res comparatæ, sine expressâ conventione ipsis non obligantur, *l. 5. §. planè, ff. de tribut. act. l. idemq; 7. in fin. ff qui pot. in pign. habeantur.*

64 Si quoque mater, legitimè liberorum tutelâ susceptâ, ad secundas contra jusiurandum præstitum adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, mariti quoque ejus, præteritæ tutelæ ratiociniis, bona, jure pignoris tenebuntur obnoxia.

l. Hac edictali. 6. §. 2. l. 8. §. in illo. 4. C. de secund. nupt. l. cum oportet. §. fin. C. de bon. quæ. lib. Dn. D. Besold. *dict. loc thes. 35.* Modestin. Pistor. *lib. 1 quæst. 4. dissentit. l. pen. C. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contrah.* idque id odium vitricorum. *l. 2. Cod. quando mulier tutel. offic.* ubi Cujac. *in Paratitl. novell. 22. cap. 40.* Beust. *in l. admonendi num. 968. ff. de jurejurand.*

65 Vxori item, causa dotis & paraphernorum, *(a)* ut & donationis propter nuptias, res mariti ipso jure pignori sive hypothecæ tenentur, *(b)* ut & marito pro dote præstanda, res ejus, qui, quæve, dotem promisit, licèt sit persona extranea. *(c)*

a) *l. Vn. §. 1. C. de rei uxor. action. §. fuer[illegible] vers. sed & tacitè. Instit. de action. l. in rebus. 30. C. de jur. dot. c. ex literis. §. mandamus. & ibi gloss. in verbo obligata, extr. de pign.* Mantica *dict. libr. 11. tit. 19.* quid de dote confessata. vide Mantica *dict. lib. 11. tit. 20.* Et an bona immobilia minoris

ex

ex cauſa dotis tacite ſint obligata tradit Idem Mantica *dict. lib. 11. tit. 21* (b) *l. ult. C. de pact. conven. l. ubi adhuc 29. C. de jur. dot.* (c) *d. l. un. §. & ut plenius, C. de rei uxor. act.* Bald. Novell *tract de dote part. 12. num. 59. pag. 93.* Vide etiam Ioan. Baptiſt. Schwartzenhaler, *tract. de pignorib. cap. 20. num. 3.*

Lege item creditori, qui nominatim ad domus reſtitutionem pe- 66
cuniam credidit, pignus in ipſo ædificio conſtituitur, ſive ipſimet domino inſulæ, ſive redemptori operis, mandante domino, creditor pecuniam dedit. *(a)* Cæterùm idem juris tribui quoque illi, qui in navim extruendam, vel inſtruendam, vel emendam, aut quam aliam rem comparandam, pecuniam credidit, juris authoritate vix quiſquam probabit. *(b)*

a) *l. 1. ff. in quib. cauſ. pig. vel hypoth tacit. contrah.* Mynſing. *cent. 1. obſerv. 60.* & Cujac. *lib. 19. obſerv. cap. 20.* (b) *per l. quamvis 17. C. de pign. l. licet iiſdem 7. C qui potior in pignor. hab. l. procuratoris 5. §. planè. 17 ff. de inſtitut. action. novell. 136. cap. porrò. 3. veſ. duntaxat ſi in contractibus.* Et facit quod tacitum pignum ſpeciali Senatuſconſulto nominatim conceſſum eſt, illi qui in domus reſtitutionem nummos credidit, *dict. l. 1. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypothec. tac. contrah.* Nulla autem ſpeciali portione juris idem jus tributum legimus cæteris, qui vel in navem inſtruendam, vel aliam rem comparandam nummos crediderunt. Non ergo idem de his creditoribus fingere debemus, quippe cùm privilegium taciti pignoris, non niſi legibus nominatim conſtituatur, *l. 1. & tot. tit. ff & C. d. t. & l. 1. ibi, hypothecariam ab ipſa lege induci. C. commun de leg. & fideicomm. l. unic. §. 1. C. de rei uxor. actio. l. 6. §. ult. C. de bonis quæ liber.* Sentit idem Connan. *lib. 4. Comment. cap. 17.* Item Hotoman. *in Commentar. ad titul. in quibus cauſis pign. vel hypothec. tac. contrah. pagin. 42. & ſeq.* & Donell. *in Tractat. de pign. & hypothec. cap. 4 pagin. 199.* Vid. Dn. Beſold. *in diſput. 2. ad Stat. Württ. theſ. 34.* Anton. Faber. *lib. 8. conjectur. cap. 11* Schiffordegk. *lib 3. tract. 12. quæſt. 5.* Hartman. Piſtor. *lib. 3. quæſt. 15.* Berlich. *concluſ. practic. 46. num. 50.* Rauchbar. *part. 1. quæſt. 5.*

In bonis quoque teſtatoris, legatario & fideicommiſſario, tacita 67
hypotheca ipſo jure conſtituta eſt. *(a)* Vt & liberis, in ſuperſtitum parentum, ad ſecunda vota tranſeuntium, bonis præſentibus & futuris, in ſecuritatem ſcilicet eorum, quæ ex priore matrimonio, iidem parentes ſuperſtites lucrati, ipſis autem liberis ſervanda, & *(b)* parentibus adminiſtranda ſunt, *(c)* item præ cæteris adventitii peculii rebus, quas parentes, in quorum poteſtate liberi ſunt, adminiſtrant

a) *l. 1. C. comm. de legat. & fideicomm §. 2. verſic. noſtra. Inſtit. de legat.* Vid. Neguſant. *in tract. de pign. & hypoth. part. 2 memb. 4. num 157.*

& seqq. Mantica *de tacit & ambig. convent lib. 11. tit. 17.* (b) *l. hac edictali. 6. §. omnibus, l. si quis 8. §. in illo, 4. C. de secund. nupt.* (c) *l. cum oportet. 6. §. fin. C. de bon. quæ liberis.*

68 Similiter & venditori, loco taciti pignoris est res vendita, quam hoc jure retinere potest, donec ei emptor pretium solverit, vel quo alio modo satisfecerit. *(a)* Competit quoque filio jus tacitæ hypothecæ in bonis patris ratione bonorum adventitiorum. *(b)*

a) *l. Quod si nolit. 31. §. idem Marcellus ff. de ædilit. edict. & l. hereditatis 22. ff. de hered. vel actio. vendita, l. Iulianus. 13. §. offerri, 8. ff. de actio. empt.* (b) *l. 8. §. 4. C. de secund. nupt. l. 6. §. 2. & §. ult. C. de bon. quæ liber.* Idem jus competere civitati in bonis Administratorum, sentit Negusant. *de pign. & hypothec. part 2. membr. 4. num. 119. l. ult. C. quo quisque ordin. conveniend. lib. 11.* Vt & Ecclesiæ in bonis prælati, pro administratione bonorum Ecclesiæ *can. illud. 11. quæst. 13.* Negusant. *dict. membro. 4. num. 157. & seqq.*

69 De pignoris, itemque hypothecæ constitutione adhuc dictum est. Edisserendum nobis jam est de jure, quod in pignore & hypotheca creditor habet. Ius autem illud varium est. Et primo si rei obligatæ traditione constitutum sit pignus, ejus possessio solius creditoris est, non debitoris, *(a)* nisi certis casibus. *(b)* Et si res soli est, quæ creditori tradita est pignori, ea creditor uti frui potest, fructus tamen in sortem imputare, *(c)* & onera tributi creditor sustinere tenetur. *(d)*

a) *l. Cum debitor 8.* ubi Gothofred. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. si cum rem 9. §. proprie, l. cùm & sortis 35. §. 1. l. debitor 40. §. ult. ff. de pign. act. l. res pignoris 37. ff. de acquir. possess & l. per servum 37. ff. de acquir. rer. dom.* Dico autem solius creditoris. Non enim sunt plures unius rei possessores in solidum, *l. si ut certò. 5. §. si duobus, ff. commodat. l. 3. §. ex contrario, ff. de acquir. vel amit. possess.* Sed vide Hotoman. *d. 2. de pign pag. 26.* (b) *l. 1. §. per servum ff. de acquir. vel amit. possess. l. pignori 13. l. servi nomine ff. de usurp. & usucap. l. sciendum. 15. §. creditor, ff. qui satisdare cogantur.* (c) *l. 1. 2. & 3. C. de pign. act. l. creditor 23. ff. de pignor. & hypoth. l. si dominium 9. C dict. l. l. 1. C. de distract. pignor.* (d) *l. inter 42. l. Epistola 52. §. pactum, ff. de pactis.*

70 Sed an fructus, pro usuris ad modum legitimum retinere possit creditor etiamsi gratuitam pecuniam acceperit debitor, quasi ἀλλήλοις tacitè facta sit, in dubium vocatur? *(a)* Nos illud negandum putamus: *(b)* affirmantes tamen, si debitor in reddenda pecunia gratuita moram fecerit, proinque in judicium protractus fuerit, à tempore litis contestatæ, cùm adhuc pecunia utatur debitor, integrum esse creditori de fructibus rei sibi pignoratæ, ad modum legitimum usuras retinere. *(c)*

a) Cujac

Digitized by Google

a) Cujac. *libr. 8. observ. cap 17.* & Iohannes Borchole. *Tractatu de usuris c. 6. num. 3.* ut & Gothofred. *ad l. cùm debitor 8. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contrab.* Vide *ſupra theſ. 43.* & Anton. Fabrum. *in error. pragmatic. error. 5. decad. 9.* Affirmativæ patrocinari ſtudent, moti textu, *d. l. cùm debitor, ff. d. t.* (b) per ea, quæ tradit Hotoman. *lib. 1. obſervat. cap. 4. & in comm. ad dict. t.* Neguſant. *de pignor. part. 5. membr. 5. fol. 503.* (c) *per l. 2. & l. 4. §. in his, l. videamus 38. §. ſi actionem, verſ. quod ſi acceptum, ff. de uſur.* Et quæ ſcribit Conſtant. Harmenop. *lib. 3. Epit. tit. 7.* ubi, ut habet latina verſio Iohannis Merceri, ſi quid mihi, *ait*, abſque uſuris à quopiam debeatur, deinde cum mihi debitum non perſolvatur, litem fuero conteſtatus, atque in debitorem lata ſententia, ab eo tempore, quo judicium eſt acceptum, uſura & omnis cauſa, ſimul cum debito exigitur. Atque ex his Iohannes Robertus *lib. 1. recept. lect. cap 14.* rectè interpretari videtur *dict. l. cùm debitor 8. ff. quib. cauſ. tacit. pign. contrahit.*

Præterea jus creditoris, in pignore quod habet, conſiſtit etiam in 71
actione, quâ perſequi rem pignori appoſitam poteſt, ut eſt Serviana actio, & quaſi Serviana. [a] Actio Serviana, quam à Servio prætore, qui eam introduxit, ita dictam comperimus, [b] eſt vindicatio, [c] quâ creditor res coloni [d] in fundum conductum illatas vel invectas, & expreſſa conventione, [e] pro mercede locationis, & deterioratione [f] fundi, pignori oppoſitas, ab earum quovis poſſeſſore, [g] etiam debitore [b] petit.

a] *§. Item Serviana. Inſtit. de action.* [b] *ex d. §. Item Serviana. junctо §. ſed iſta, in fin. Inſtit. d. t.* & ſentit Donell. *in tractat. de pignor. & hypoth. cap. 9.* [c] *l. pignoris 18. C. de pignor. & hypoth. & arguit, ad §. Item Serviana, collatus cum dict. §. ſed iſta Inſt. de act.* [d] *d. §. item Serviana. & fac. §. interdictum quoque quod appellatur Salvianum, Inſtit. de interdict.* [e] *l. 4. ff. in quib. cauſ. pig. vel hypoth. tacit. l. certi. 5. C. de locat. §. interdictum quoque: ibi, pepigiſſet. Inſt. de interdictis.* Theophil. *in d. §. Item Serviana. Inſt. de actio. l. 1. ff. de Salvian. interd.* [f] *d. §. item Serviana. & argum. l. 2. ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. cont.* [g] *l. 1. Cod. de precario, l. ſi quis 38. ff. de noxalib. action.* [h] *l. qui pignori 19. Cod. de pign. & hypothec.*

Quaſi Serviana actio, eſt vindicatio, [a] quâ creditor perſequi- 72
tur, res pignori ſibi expreſsè vel tacitè obligatas, [b] & quidem omnes, [c] præter eas res coloni, pro quibus vindicandis Servianam actionem comparatam eſſe diximus. Eaque etiam ſimpliciter dicitur Serviana actio; [d] item utilis Serviana, [e] ut & hypothecaria actio. [f]

a] Eſt

a] Est enim in rem actio, quæ contra quemvis possessorem competit, *l. 2. C. de hared. vel actio vend. si fundus 16. §. in vindic. l. grege 13. §. & in superficiariis, ff. de pign. & hypoth. l. pignoris 18. Cod eod. tit. l. si cum 66. in prine ff. de evictionn.* Iohan. Ferrar. *in forma libelli, in actione hypothecariæ in verb. ex memoratiscausis, num. 2.* Hartman. Hartmanni ab Eppingen. *lib. pract. observat. tit. Miscellan. observat. 20.* Arnoldus ab Haërsolte. *in adversar. action. actione quasi Serviana, sive hypothecaria, num 9.* [b] *l. 1. C. commun. de leg. & fideicom. & §. 2. vers. nostra autem constitutio. Instit. de legat.* [c] Non modò res inquilini, in prædium urbanum illatas vel invectas, sed & res alterius debitoris pignori vel hypothecæ obligatas, *§ quasi Serviana.* & ibi Cujac. *in notis, Instit. de actio, & l. ante omnia 23. ff. de probat.* [d] *l. 3 in princ. l. vel qua 7. l. si debitor 10 ff. de pign. & hypothec. l. 4 in princ. ff. quib. mod. pign. vel hypoth solvit. l. licet. 42. §. sed & dominum, ff. de procurat. l. si mancipium 34. §. fin. l. evictus. 35. l. si cùm venditor 66. in princ. ff. de evict.* [e] *l. 4. C. de precario, l. 1. C. commun. de legat. & fideicom.* [f] *§. item Serviana. Instit. de actio. l. aliquando 19. §. 1. ff. ad Senatusconsult. Vellejan. & l. 1. C. commu. de legat. & fideicommiss.* Abusivè etiam pignoratitia actio dici videtur, *in l. communi 7. §. inter eos ff. com. divid. l. 3. §. est autem. ff. ad exhibendum, l. duob. 19. l. pen. in fin. ff. de excepr. rei judic.*

73 Quòd si autem conventione constitutum sit pignus vel hypotheca, ante omnia probandum est, quod inter agentem & debitorem convenit, ut pignoris hypothecæve loco res sit: sed etsi hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit.

l. Ante omnia 23. ff. de probat. Vide Ioseph. Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 456. & vol. 2. concl. 870.* Andr. Gail. *lib. 2 observ. pract. observ. 26.* Utili tamen qui agit hac actione, non tenetur probare rem fuisse debitoris tempore conventionis, Cujac. *in Comment. in lib. 3. quæstion. Papin. pag. 821.*

74 Atq; hæc utraque actio Serviana, & quasi Serviana, cum arbitrariæ sit, [a] fures non præstetur, jure jurando in litem locus erit. [b]

a] *§. Præterea quasdam vers. in rem veluti Publiana, Inst. de act* [b] *l. in in action. 5. in pr ff. de in lit. jurand. l. si fundus 16. §. in vindicatione, ff. de pig. & hypoth. l quirestituere 63 ff. de Rei vind.*

75 Antequam tamen Serviana vel quasi Serviana, adversus extraneum possessorem moveatur, priùs actione personali conveniendus & excutiendus est reus principalis, ejusque hæredes & fidejussores.

Novell. 4. c 2. vide omnino Cujac. *Auth. sed hodie, Cod. de oblig. & action. Auth. Hoc si debitor. C. de pig. & hypoth.* Hoc tamen falli putant quidem

quidam in casu, quo hypotheca specialis est non generalis. Vt ostendit Berlich. *part. 2. concl. pract. 24. num. 71.* Glossa etiam & Bartol. *in l. mulier. 19. ff. qui pot. in pign. hab.* Idem Bartol. *in l. 1. C. si unus ex plurib. hered.* Negusant. *in tract. de pign. & hypoth. part. 8. membr. 1. num. 16. scribunt*, si possessor sit unus de hæredibus debitoris vel fidejussoris, eum rectè conveniri Serviana vel quasi Serviana, etiam antequam personalis actio intenta fuerit.

Et licet personalis actio, contra plures debitoris hæredes mota, pro 76
singulis portionibus scindatur, hæc tamen Serviana, & quasi Serviana actio est individua, cum nō personam obliget, sed rem persequatur. Vnde hæredes, qui possident pignus non pro modo portionis hæreditariæ, sed in solidum tenentur, ut vel totum debitum reddant, vel eō, quod detinent, cedant. [a] Si quoque plures sunt creditoris hæredes unicuique pignus in solidum tenetur.

a] *l. 2. C. si unus ex plurib. hared.* [b] *l. 1. C. d. t.*

Vtramque autem hanc actionem, adversus extraneum bonæ fidei 77
possessorem, diuturnum silentium, longi temporis præscriptione corroboratum, inefficacem creditoribus constituit, [a] sed contra malę fidei possessorem, tempus triginta annorum, [b] adversus ipsum debitorem vel ejus hæredem & posteriores creditores debitore superstite, taciturnitas quadraginta annorum. [c]

a] *l. 1. Et 2. C. si adversus creditor. præscr. opponat. l. si à creditore 7. & l. ult. C. de oblig. & act. l. creditor. 12. ff. de diversis & temporal. præscr.* Ioh. Oldendorp. *class. 3. act. 10. pag. 429 in princ.* [b] *l. notissimi 7. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Cujac. *ad d. t. de diversis & tempor. præscript. c. 30.* [c] *d. l. cum notissimi. C. de præscript. 30. vel 40. annor & ad exhib. tit.* Cujac. *c. 30. & 31.* Idem Cujac. *in parat. C. d. t. de præscript. 30. vel 40. ann.* Bald. *tract. de pign. & hypoth. c. 20.* & Ioh. Oldendorp. *d. class. 3. act. 10. pag. 429.*

Competit quoque creditori in re pignori vel hypothecæ obligata, 78
jus ejus rei distrahendæ, si debitor id, quod illi debet non solvat; sive de re obligata distrahenda nominatim convenerit, sive non convenerit de ea distrahenda; quo tamen posteriori casu pignus distrahi non potest, nisi ter denunciatum testatò debitori fuerit, ut solvat, & cessaverit; alioquin creditor furti tenetur, *(a)* sed & cum nominatim convenit de non distrahendo pignore, triplex illa denunciatio exigitur, ut nihilominus distrahi possit. *(b)*

a] *l. 4. ff. de pign. action. l. debitorib. 18. C. de administr. tutor. vel curat. Paul. lib. 2. sentent. t. 5. in pr.* ubi Cujac. (b) *d. l. 4. ff. de pign. act. & Paul. d. lib. 2. sent. t. 13. §. si inter creditorem* ubi Cujac. vid. Donell. *Tr.*

de pign. & hypoth. c. 10. & Bal. *eodem tract. c. 18.* Negusant. *de pignor. 1. membr. 6. part. princ. num 3. pag 518.* Hackelman. *illustr quæstion. disp. 12. thes. 13.*

79 Triplex autem illa denunciatio fieri debet non uno die, (a) sed interposito decem dierum intervallo, (b) ita ut post 30. dies à prima denunciatione numerandos, creditor pignus vendere possit, non exspectata biennii meta? Et non potest debitor impedire eam venditionem, nisi universum tam sortis, quàm usurarum solvat debitum. (d)

a) *Vt volunt Dd in d. l. 4. C. de pig. action. per l. inter. 10 ff. de publ. jud. & l. Titia 87 §. usuras, ff. de legat. 2.* (b) *argum. l. promissor 21. §. si fine, ff. de constit pecun. & l. ad peremptorium 68. & l. seq. ff. de judic.* Donellus *d. tract. de pign & hypoth. c. 10.* (c) Quam hîc exigunt Gloss. Bartolus & alii *in d. l. 4. ff. de pig. act.* Item gloss. & omnes communiter *in l. debitoribus 31. ff. de re judicat.* & eorum opinionem sequuntur, tuentur, & dicunt esse communem ibidem Alex. *num. 26. & 27.* Iason. *nu. 5. & seqq.* Negusant. *de pig. membr. 1. 4. part. princ.* & Coler. *de process execut. part. 3 c. 9. num. 99.* Nituntur autem arg. *l. ult. §. 1. C. de jure dom. impetr.* sed contrarium arguit text. *l. 4. ff. de pign. act.* Pignoris autem prætorii venditioni certum tempus non esse præfixum scribunt, proindeque arbitrio judicis id esse relinquendum putant, Dd. omnes, *in l. cùm prepones. 9. C. de reb. auth. jud. possid.* Bart. & alii *in l. si finita. 15. ff. de dam. infect.* Alexand. & Iason. *in l. à Divo Pio. 15. §. in venditione. ff. de re judicata.* Idem Iason. *in d. l. debitoribus, num. 4 in fin. d t.* Vbi affirmat hanc esse communem opinionem, quod etiam tradit Negusant. *Tract. de pig. part. 6. membr. 1. num. 8.* (d) *l. quandiu 6. C. de distract. pig. l. 1. & 2. C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse.*

80 Cæterùm venditio pignoris, solenniter & bona fide fieri debet: quæ solennitas in eo consistit, ut creditor rem publicè proscribat, idque debitori testatò notum faciat, si testium copia sit.

l. 4. l. Si cessante 7. l. qua specialiter 9. C. de distract. pign. Coler. *de process. execut. part 3. c. 9. nu. 99. per l. creditor hypothecar. C. de distract. pignor.* & quod, hac solennitate omissa, venditio haud annuletur probat Negusant. *de pign. membr. 1. num. 6. pag. 520. per l. si cessante. 7. C. de distract. pign.* Publicè rem proscribere, est in celeberrimo civitatis loco, veluti in foro, eam esse venalem, proposito palàm libello sive programmate, significare, ut cuique liberum sit ad eam accedere, *l apud. 15. § item si quis pignus. 32. ff. de injur. & l. ult. in princ. C de jure domin impetrand.* Germanicè: Verganten / offentlich in Schrifften / oder mit außruffen / oder vmbtragen feil bieten. Idem autem certioratio illa debitoris requiritur, ut si velit & possit, ipsemet emptores idoneos inveniat, & creditori occasio

Digitized by Google

occasio adimatur, rem obligatam minoris vendendi, vel debitorem celandi pretii quantitatem.

Quod si creditor, omissa hac solennitate, distrahat rem sibi datam, 81
liberum est debitori, vel vindicare eam ab emptore, vel oblato debito pignoratitia actione adversus creditorem agere, in id, quod interest. (a) quâ etiam convenitur creditor, siquidem observata sitea solennitas, dolo tamen malo, creditor rem minoris vendiderit. (b) Et si in eo negocio emptor quoque dolosè versatus sit, & creditor non fuerit solvendo, restituitur debitori, contra ipsum emptorem in rem actio, rescissa venditione, reddito tamen emptori cum usuris pretio. (c)

a) *l. 1. & 2. C. si vendito pignore agatur.* Vbi Cujac. *in parat. l. 4. vers. si quidita q.* C. *de distract. pig.* (b) *d. l. 4. l. si cessante. 7, C. d. t. l. 1. C. si vendito pignore agatur.* (c) *d. l. 1. & l. 3. C. d. t.*

Re autem ritè distracta, dominium ejus ad emptorem pertinet, (a) 82
cujus nomine, vindicationem etiam adversus debitorem habet. (b) Quod si tamen creditor pignoris, distractioni pactum adjecerit, ut liceat debitori oblato pretio rem recipere, debitor non solùm pignoratitia actione à creditore cessionem actionis ex vendito adversus emptorem petere, sed & rem vindicare ab emptore, aut in factum actione contra eum experiri potest. (c)

a) *l. Qui à creditore. 18. C. de distr. pign. l. 4. ff. de pigner. act.* (b) *l. obligatis. 15. C. de distr pig.* (c) *l. si cùm venderet. 13. ff. de pig. act. l. si creditor. 7. §. illud ff. de distr. pig.* vide Donell. *de pig. & hypoth. c. 10.* Rumelin. *part. 3 disp ff. th. 14.*

Quod si redactum ex pignore pretium, debito majus sit, superfluum 83
creditor reddere debitori tenetur, & quidem interdum cum usuris. (a) Sin fuerit minus, reliquum à debitore, ejusque fidejussoribus petere potest. (b)

a) *l. Quamvis. 6. §. ult. & l. seq. ff. de pig. act. l. ult. §. sed siquidem. vers. sin autem. & §. seq. ff. de jure domin. impetr.* (b) *l 3. l. quæ specialiter. 9. C. de distr. pig. l. quæsitum. 8. ff. d. t. & d. l. ult. §. sed si quidem. C. de jure domin. impetr.*

Creditor autem, si non inveniat emptorem pignoris, post biennium 84
(a) id sibi addici à principe petere potest, (b) sive pignus sit conventionale, sive prætorium vel judiciale, (c) & quidem totum si speciale sit pignus, si generale, pro modo debiti. (d)

a) *l. Vlt §. 1 & 3. C. de jure domin. impetr.* (b) *l. quihabebat. 101 ff. de legat. 3. l. si in qui 63. §. ultim. ff. de acquir. rerum domin. l. magis. 5. §. 1. si fundus pupillo. ff. de rebus cor. qui sub tutel. vel cura sunt, & l. eleganter. 24. in princ. ff. de pignor. action.* (c) *l. ultim. C. si in causa judicat. pignor.*

Digitized by Google

pign. capt. fit, Cujac. *in parat. C. de jur. dom. impetr. & l. à Divo Pio. 15. § si pignora. ff. de re jud.* (d) *l. 1. C. de jure dom. impetr.*

Liberum tamen est debitori, post hanc dominii addictionem intra biennium, creditori debitum una cum usuris & damnis, juramento creditoris æstimatis offerre, suumq; pignus ab eo recuperare.

Dict. l. ult C. de jure domin. impetr. biennio tamen effluxo amplius non. Vult. *lib. 1. Iurispr. Roman. c. 34. n. 71.*

86 Quia vero sæpè contingit, ut pluribus creditoribus res eadem sit obligata, videndum omnino, quis eorum potior in pignore habeatur. Omnes quidem non pro virili parte, sed pro quantitate debiti rem eam obligatam habent. Et si diverso tempore, separatim singulis obligata sit res, omnes in solidum contra possessorem agere possunt, vel unusquisque pro sua parte, si iis omnibus simul eodem temporis momento obligata sit res, nisi id actum fuerit, ut singulis in solidum res esset obligata, (a) verùm quantum ad pignoris commodum ex judicato capiendum, potior in eo creditor est ille, & cæteris præferendus, qui tempore, etiam hora aut momento prior est. (b)

a) *l. Si debitor 10. & l. si fundus 16. §. pen.* ubi Costal. *ff. de pign. & hypoth. l. 1. ff. de Salvian. interdict.* (b) *l 1. 2. 4. l si generaliter 6. l. diversis 7. C. qui potior. in pign. habe.* Francisc. Connan. *lib. 4. Comment. c. 17. nu. 4.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. practic. observ. 25. n. 3.* Costal. *in d. l. si fundus 16. §. pen. ff. de pignor. & hypoth.*

87 Rem autem suam qui petit, cæteris omnibus præferendus erit.

Per l. 1. C. de privileg fisci. vid. Iohan. Köpen. *decis. 28. n. 4.*

88 Priorem autem tempore æstimamus, ex tempore dati pactive pignoris, nisi de principali negocio, veluti mutuatione pecuniæ, cui pignus accedit, spes tantùm aliqua sit facta, ei, qui pignus datione vel nudo pacto constituit, & hic postea idem pignus alii constituerit, à quo præsentem pecuniam accepit.

l. Diversis. 8. C. qui potiores in pignor. habeant. l. 1. l. qui balneum 9. l. potior 11. in princ. & §. 1. ff. d. tit. l. penult. ff. quæ res pignor. vel hypoth. dat. oblig. non poss. Connan. *lib. 4. Comment. cap. 17. num. 1.* Cujac. *ad African. tract. 8. mihi pag. 535. in explicat. d. l. qui balneum.*

89 Eadem quoque regula, quâ dicimus priorem esse in Iure pignoris, qui & tempore prior est, (a) locum sibi vindicat etiam in pignore judiciali, (b) item, in Prætorio pignore (c) etiam contra eos, qui idem & simile habent pignus posterius, modo ex diversis causis, titulisque missio facta, & possessio prius occupata sit à priore.

a) *c. Qui prior est tempore. de reg. jur. in sexto.* (b) *l. si & jure 10. ff. qui potior.*

Digitized by

potior. in pign. hab. Berlich. *concluſ. practic. 47. num. 2. & ſeqq.* (c) *l. 2.* ubi Sichard. C *d. t.* Iacob. Cujac. *lib. 5. obſerv. cap. 30. lib. 9. cap. 37. & in Paratitl. C. qui pot. in pign. habeantur.*

Non ſolùm autem privato creditor hypothecarius præfertur, qui 90
tempore prior eſt, ſed & Reipubl. *(a)* itemque fiſco. *(b)* Ex contractu creditum petenti, vel ob crimen.

a) *l. 4. C. qui pot. in pign. hab.* (b) *l. 2. Cod. de privileg. fiſci. l. ſi pignus 8. l. ultim. ff. qui pot. in pign. hab. d. l. ſi fundum. 4. C. dict. tit. l. ſi qui mihi. 28. ff. de jure fiſci.* Vbi notanda diſtinctio: vide Donell. *de pignor. cap. 12.* Hotoman. *in §. fuerat, in ultim. verbis Inſtit. de action quem etiam vide ad tit. qui pot in pign hab* Item Cujacium *in Paratitl C. tit. de privileg. fiſci. & lib. 10. obſerv. cap. 22.* Vide Peregrin. *de jure fiſci. lib. 6. tit. 6. n. 12.* & Anton. Fabrum. *lib. 2. conject. 10.*

Et hic non diſtinguimus inter generalem & ſpecialem hypothecam 91
priorem *(a)* licet fiſcus poſteriorem ejuſmodi habeat hypothecam, *(b)* neque inter principalem obligationem puram, & in diem aut ſub caſuali vel mixta conditione contractam. *(c)*

a) *l. 2. In princ. ff. qui pot. in pign. hab. l. ſi generaliter 6. d. t.* Gabriel Mudæus *ad t. de pign & hypoth. cap. quib. mod. pig. vel hypoth. ſolvit. n. 84.* Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſerv. 25. num. 3. & 4.* Si tamen unus creditorum hypothecam habeat generalem priorem alter verò ſpecialem poſteriorem, tunc præfertur poſterior ſpecialis, generali anteriori. *l. quamvis. 2.* ubi Sichard. & Dd C. *de pignor.* Hartman. Piſtor. *part. 3. quæſtion. 13. num. 1. & ſeqq.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 11. tit. 25.* (b) *l. ult. in princ. ff. qui pot. in pign. hab.* Donellus *in tract. de pign. & hypoth. cap. 12 pag. 214. col. 2.* Vide quoque Connan. *lib. 4. Comment. c. 17. num. 7.* Hotoman. *ad t ff qui pot. in pign. hab.* Cujac. *lib. 10. obſerv. cap. 22. & in Paratitl. ff de jure fiſci.* (c) *l. qui balneum. in princ. & §§. ſeqq. l. potior 11. §. 1. ff. qui pot. in pign. hab.* Conditio enim illa retrotrahitur. Neguſant. *de pignor. & hypothec. part. 5. membr. 2. num. 10.* Petr. Peck. *de jure ſiſtend cap. 4. num 6.* Donell. *de pign. cap. 14.* Vide Cujac. *d. tract. 8. ad African. in explicat dict. l. qui balneum 9.* & maximè Hartman. Piſtorem. *part. 3. quæſtion 14. num. 15. & ſeqq.*

Neque diſtinguimus inter priorem tacitam, & expreſſam hypothe- 92
cam. Nam & qui priorem tacitam habet hypothecam, præfertur habenti poſteriorem expreſſam.

Neguſant. *in tractat de pign. & hypoth. part. 5. membr. n. 10. pag. 101.* & Donell. *in eodem tract. c. 12. pag. 213 col. 2.* Hartman. Hartm. *in pract. obſ. 8.* Anton. Faber. *in decad. 6. error. pragm. error. 1.* Mynſing. *cent. 1. obſerv. 8.* Matth. Berlich. *in concl. pract. 46. n. 1. & 2.*

Digitized by Google

93 Denique procedit ea regula, licet prior obligatio post pignorationem secundam novata fuerit. (a) Procedit quoque in licitis usuris. (b)

a) *l. 3. In princ. ff. qui pot. in pig. hab. l. 1. ff. de distract. pign.* Cujac. *lib. 11 observat. cap. 32.* (b) *l. creditor. 12. §. 6. l. Lucius. 18.* ubi Bartol. *ff. qui potior. in pign. hab.* Mynsing. *cent. 1 observat. 59.* Matth. Coler. *de process executiv. part. 1. cap. 10. num. 100.* Negusant. *de pignor. part. 5. membr. 2. num 10.* Gail. *2. observ. 5.* Hartman. Pistor. *3. quæst. 14. nu. 24.* Wetenb. *consil. 50.*

94 Vitiatur tamen prædicta regula, & officium suum perdit in quibusdam, qui licet tempore posteriores sint, aliis tamen prioribus tempore, ex privilegio præferuntur, (a) quales sunt: qui pecuniam nominatim crediderunt, ad conservandam rem, pignori tacitè vel expressè obligatam. (b) Item pupilli, quorum pecuniâ res, ipsis tacitè obligata, comparata est. (c) Et omnes illi, quorum nummis res empta est, & statim specialiter obligata, (d) & denique mulier in bonis mariti ratione dotis, (e) non etiam, licet alii aliter sentiant, fiscus. (f) tum etiam imprimis qui in funus expendit sumptus & in curam ægroti corporis (g)

a) *Vid gloss. in l. privilegia 32. in verb ex causa ff. de reb. autor. jud. possid.* Dynus *late in d. c. qui prior, de reg. jur. in sexto* Negusant *in tract. de pign. & hypothec. part. 5. membr. 2. per tot.* (b) *l. creditor 25 ff de reb. cred. l. interdum. 5. ff. qui pot. in pignor hab. Novell. 97. cap 3. His consequens.* Andr. Gail. *lib. 2 observ. pract observ 12. num. 4 & observ. 25 num 7. & 9.* adde *thes. 66 supr hac disp.* (c) *l. idemq; 7. ff. qui pot in pign. hab.* (d) *l. licet 7. Cod. d. tit.* (e) *l. assiduis 12. C qui pot. in pign. hab. & l. in rebus C. de jur. dot.* (f) *l. 2. C. de privil. fisci. l. si pignus 8. l. ultim. C. qui pot. in pign. hab.* Cujac. *in l. 1. C. de jure fisci. lib. 10. & in Paratit l. Cod. de privileg. fisci.* (g) *l. etsi quis. 14. §. 1. l. 18. l. sunt personæ 43. vers. nam propter publicam. & l. pen. ff. de religios & sumpt funer. l ult. §. in computatione. 9. C. de jure deliber.* Berlich *concl. pract. part. 2. concl. 44. n. 27.*

95 Et præfertur mulier, omnibus omnino creditoribus etiam anterioribus, non solum tacitam, sed etiam expressam hypothecam habentibus, (a) sed ratione dotis tantum, non etiam paraphernorum, & donationis propter nuptias. (b) Sed an dotis ratio hîc potior sit funeris impensa, quæritur? potiorem funeris impensam esse verius est. (c)

a) *d. Novell. 97 cap. 3 His consequens, & cap. seq.* ubi Cujac. *& Novell. 109. cap. 1. dict leg. assiduis. Cod. qui pot. in pign. hab.* ubi vide Sichard. & Hotoman. *l in rebus ibique similiter* Sichard. *C. de jure dot. §. fuerat antea. versic. præferri autem, Instit. de act.* & ibi Cujac. idem Cujac. *in Paratitl. C. tit. de privileg. dot.* Iohan. Vaudum *lib. 1. variar. quæst. quæst. 21.*

Myn-

Digitized by Google

Mynſinger. *cent. 4. obſerv obſerv. 13* Robert. Autel. *lib. 3. animad. c. 14.* Emanuel Soarez. *in theſaur. recept. ſentent. lit. D. num 310.* Mudæ. *ad d. §. fuerat. Inſtit. de action.* Mantic. *de tacit. & ambig. convent. libr 11 tit. 26.* Et diſſentientem Andr. Gail. *2. obſerv obſerv. 25. num. 10.* Doneil. *in tractat de pignor. & hypoth. cap. 12. & in d. §. fuerat. Inſtit. de Action. & ibidem etiam* Schneidewin. *num 58.* Didac. Covarruv. *lib. 1. variar reſolut. cap. 7. num. 1.* Nicol. Everhard. *in loco à fiſco ad dotem. num. 2.* Legi quoque de ardua hac quæſtione poteſt, Baldi Novelli *Tractatus de dote. part. 10. privileg. 1.* (b) *dict. l. aſſiduis 12. in fin. C qui pot. in pign. hab. & d. Novell 109. cap. 1.* Theoph. *in d. §. fuerat. Inſtit de action* Mynſinger. *centur. 1. obſervat. cap. 4.* (c) *per l. impenſa. 18. & l ſeq. ff. de religioſ. & ſumptib. funer.* Sichard. *ad l aſſiduis. C. qui potior. in pignor. hab.* Diſſentit. Doneil. *ad l. 7. num. 4. C. dict. lit.* & Petr. Vanderan. *de privil. credit. cap. 3 num. 17.* Quid in dote confeſſata? tradit Mantica. *dict. lib. 11. tit. 27.*

Non procedit etiam prædicta regula, in hypotheca privatâ ſcripturâ conſtituta. Nam etſi hæc tempore prior ſit, poſtponitur tamen hypothecæ, quæ publicè, veluti in judicio coram Iudice, vel coram notario & teſtibus data eſt, (a) niſi ſcriptura illa privata trium teſtium ſubſcriptione firmata fuerit. (b) 96

a) *l. Scripturas 11. juncta auth ſi quis C. qui pot. in pign. hab.* Andr. Gail. *lib. 2 obſerv. pract obſerv. 25 num. 9. & 10.* (b) hypotheca etiam ſine ſcriptura conſtituta, probata tamen teſtibus, præfertur hypothecæ publicæ, *per l. in exercendis 15. C. de fid. Inſtrum.* Andr. Gail. *dict. obſervat. 25. num. 10.* Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib 11. tit. 24.*

Præfertur quoque creditor poſterior creditori priorem hypothecam habenti, ſi huic ille debitam pecuniam cum uſuris vel ſolvat, vel oblatione facta obſignet & deponat. 97

l. 1. l prior 5. l. diverſis 8. l. cum tibi 10. C. qui potior. in pig. l. 1. l. 4. C. de his qui in prior. cred. loc. Mantica *d. tacit. & ambig. convent. dict. libr. 11. tit. 23.* & an creditores mariti poſſint uxori dotem offerre, ut illi in ejus locum ſuccedant? tradit Mantica *dict. lib. 11. tit. 30.*

Eſt & illud hîc notandum, quod ut creditor priorem hypothecam habens præfertur habenti hypothecam poſteriorem, ita quoque omnem hypothecarium creditorem præferri privilegiariis creditoribus omnibus, quibus actio tantum perſonalis competit. 98

l. Eos qui acceperunt. 9. C. qui pot. in pign. hab. Mantic. *de tacit & ambig. convent. dict. lib. 11. tit. 22.* Gail. *lib. 2 obſerv. 25. num. 11. & ſeq.*

Reliquum nunc eſt, ut quibus modis pignus vel hypotheca ſolvantur, diſpiciamus. Et quidem ut ſummatim rem complectamur, ſolvitur pignus itemque hypotheca, tum ſublata principali obligatione, cui pi- 99

gnus vel hypotheca accessit, tum salva ea obligatione certis quibusdam aliis modis.

100 Tollitur autem principalis illa obligatio, & quadam consequentia ipsum etiam pignus & hypotheca solvuntur, maximè, si debitum pro quo res pignori vel hypothecæ obligata est solvatur, (a) etiamsi à tertio quodam debitæ pecuniæ solutio fiat, veluti à possessore rei obligatæ. (b)

a) *l. In omnibus 43. ff. de solut. l. si rem alienam. 9. §. omnis pecunia. 3. ff. de pign. action. l item liberatur. 6. in princ. & l. pen. ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* Dicimus maximè, nam & aliis modis tollitur obligatio, de quibus *tit. Instit. quib. mod tollit. oblig.* Et si debitum creditor sola pactione remittat, ut si paciscatur ne pecuniam petat, per exceptionem tollitur pignus, *l. si tibi decem. 17. §. de pignore, ff. de pactis.* (b) *l. 2. l. Paulus 12. §. 1. ff. d. t. l. mulier. 19. ff. qui pot. in pig. hab.*

101 Omne autem debitum solutum sit necesse est.

Dict l. si rem 9. §. omnis ff. de pig. act. l. pen. ff. quib. mod. pig. vel hypothes. solut. l. 1. C. de luit. pign. Fürstlich Würtenbergisch Landrecht / parte 2. titul. 7. fol. 257. §. Wann der Schuldner / &c. Mantic. *dict. libr. 11. tit. 31.* Hartman. Pistor. *lib. 3. quæstion. jur. 12. num. 6. & 9.*

102 Quod si creditor recuset accipere oblatum debitum, cautio est, ut pecunia testatò oblata consignetur, & solenniter in publicum locum deponatur.

l. 1. C. qui pot. in pign. hab. l. nec creditores. 10. & l. ult. C. de pign. act. l. obsignatione 9. C. de solut. l. acceptam. 19. C de usur. l. ult. C. de luit. pignor l si priusquam. 8. Cod. de distract. pignor. Arumæ. *de mora. cap. 7. numer. 7.*

103 Vicem naturalis solutionis obtinet quoque perceptio fructum ex prædio obligato, si enim percepti fructus ad totum sufficiant debitum, solvitur pignoris obligatio.

l. 1. C. de pig act. c. cum contra. extr. de pig.

104 Salva principali obligatione, solvitur pignus & hypotheca, vel fine temporis, ad quod usque res obligata est, (a) vel extincto corpore obligato, (b) vel soluto jure debitoris, quod in re obligata habuit, (c) vel creditori volenti datis aliis pignoribus aut fidejussoribus, (d) vel pignoris sive hypothecæ remissionis expressa tacitave, (e) vel debitoris jurejurando, quo affirmavit, se rem pignori aut hypothecæ non dedisse, vel judiciali absolutione rei.

a) *l. item liberatur. 6. in princ. vers sed etsi. ff. quibus modis pign. & hypoth. sol.* (b) *l. si convenerit, §. si quis averit. ff. de pign. act l. sicut. 8. in princ. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol. l. 1. §. cum prædium vers. eos consum-*

pros,

ptos, ff. de pign. & hypoth. Cujac. *lib. 23. observ. c. 22.* Bachov. *de pignor. lib. 5. c. 3. & c. 12.* (c) Mortuo enim usufructuario, qui dedit alicui usumfructum suum perit pignus, *d. l sicut 8. ff quibus modis pig. vel hypoth. sol.* Et si res vendita, in diem sit addicta, & antequam melior conditio offerretur, emptor pignori eam rem obligaverit, ac postea melior allata fuerit conditio finitur pignus *l. 3 ff. d. t.* Si quoque debitor rem pignori datam præscriptione longi vel longissimi temporis amiserit, æquè perimitur pignus, *l. creditor 12. ff. de diverf. & temp. præscript. l. 1. & 2. C. si adversus creditorem præscriptio opponatur, l. 7. & ultim. C. de oblig. & act. l. si obligatam 19. C de eviction.* Usucapio tamen jus pignoris non extinguit, *l. usucapio 7. C. de pign. & hypoth. l. justo 44. §. non mutat. ff. de usurpat. & usucap. l. missa 12. ff. pro emptore, & l. 2. in princ. ff. eodem.* Hodie tamen usucapione in longius prolata tempus, etiam hac extingui pignus existimat Cujac. *in Comment. in lib. 11. responf.* Papin *pag. 468.* Cæterum Donellus *in tract. de pignor. & hypoth. c. 14.* scribit, quod & usucapione rei obligatæ, pignus solvatur, non quidem ipso jure, sed opposita exceptione: Et quod dicitur præscriptione submoveri creditorem, eo significari, pignoris quidem persecutionem manere, sed eam præscriptione, id est, exceptione longi temporis inefficacem constitui. (d) *l. si rem 9. §. omnis & l. seq. ff. de pign. act. l. solvitur. 5. §. si convenerit, ff. quibus modis pign. vel hypoth. sol.* (e) ut si creditor reddat pignus debitori, *l. 3. ff. de pactis.* vel reddat ei chyrographum, quo res pignori obligata fuit, *l. 7. C. de remiss. pign.* vel consentiat debitori rem pignori datam alienanti, *l. 2. l. penult. C. d. t. l. creditor qui permittit 158. ff. de reg. jur.* vide latissimè Bachov. *lib. 5. de pignorib. c. 5. & seqq.* (f) *l. 5. §. ultim. l. si deferente 13. ff. quibus modis pignor. vel hypothec. solvitur.*

Digitized by Google

CLAS. II. DISPUTAT. XIII.

DE CONTRACTIBUS *Innominatis.*

THESIS I.

1 EX eo genere contractuum, qui re perficiuntur, ſuperest contractus innominatus, (a) qui & proprius (b) itemque incertus (c) adpellatur contractus.

a) Hunc quoque contractum illi contractuum generi, qui re perficiuntur, adſociandum eſſe diſertè arguit. *l. 1. §. item emptio. verſ. permutatio autem, ff. de rerum permut. l. juriſgentium. 7. §. 2. ff. de pact. & l. ſolent. 15. ff. de præſcript. verb. l. ultim. ff. de cond. cauſa data.* Donell. *libr. 12. Commentar. cap. 12. pag. 44. & ſeqq.* (b) *l. rogaſti. 19. in fine principii, ff. de præſcr. verb. §. præterea. Inſt. de locat. & cond.* Et huc facit, quod actio ex hoc contractu dicitur propria actio. *l. petenti. 27. in fin. ff. de pign. act.* (c) *l. & uno. 18. in princ. ff de acceptil. l. 1. §. debitum, ff. de conſt pecun.* Cujac. *ad d. l. juriſgentium. 7. § 2. ff de pactis*, mihi pag. 16. *& ſeq.* ubi id etiam probat textu. *l. certi condictio. 9. in princ. ff. de reb. cred.* verùm eo loco per incertum contractum ſignificari contractum innominatum negat Donellus *ibid. num. 12. 13. & 14.* hoc argumento, quod act. o præſcriptis verbis ex innominato competens contractu detur tantùm, ad id, quod intereſt, quod ſemper eſt incertum: Atqui hanc actionem etiam competere, ad certum aliquid, arguit diſertè text. *in l. ſi apud 18. & l. Titius. 24. verſ. Titius conſulebat. ff. de præſcr. verb.*

2 Eſt autem contractus innominatus, conventio (a) quædam, cujus quidem obligationi initium præbet, rei datio vel factum aliquod (b) ſed nulla jure civili ſpecialis & propria adpellatio prodita eſt. (c)

a) *l. 1. §. Conventionis verbum. verſ. adeò autem, ff. de pact.* (b) *per fundamenta. Theſi primæ ſub litera A. adpoſita.* (c) *l. 3. ff. de præſcr. verb. junct. d. l. 1. §. ult. & d. l. juriſgentium 7. §. 1. & 2. ff. de pact.*

3 Ejus inſpectio duplex eſt: Una ſpecierum; altera obligationis & actionis.

l. Naturalis. 5. in pr. & §§ ſeqq. ff. de præſcr. verb. d. l. juriſgentium. 7. §. ſed & in alium. 2. ff. de pact.

Spe-

Species contractus innominati auctore Paulo ICto (*a*) sunt, tum 4
do, (*b*) ut des; vel do, ut facias: tum facio, ut des; vel facio, ut facias.

a) *In d. l. naturalis. 5. ff. de præscr. verb.* (b) Dare est dominium rei in alium transferre, §. *sic itaque discretis. Inst. de act. l. non videntur data. 167. ff. de reg. Iur. l. ubi autem adparet. 75. §. ult. ff. de verb. obl.* Et in hoc contractu do ut des, vel do ut facias, desideratur maximè, ut dominium rei quæ datur, in adcipientem transferatur *l. ult. ff de condict. causa, l si tibi 13. §. si tibi area. ff. de præscript. verb.* Donell. *ad t. præscr verb. c. 2. & 11.* Et hæc datio in contractu, do ut des, & do ut facias; ut & factum in contractu facio ut des, & facio ut facias initium præbet hujusmodi contractus obligationi, proindeque causa dicitur *in d. l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* & græcè συναλλαγμα, *in d. l. 7. ff. de pact.* sola conventio, de dando aliquid, vel faciendo, ut quid vicissim detur, vel fiat, contractus non est, sed nudum pactum, *l. legem, 10. C. de pactis l. si dominus, 8. & d. l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* Cujac. *lib. 2. observat. 15. & in com. in lib. 3. quæst. Pauli pag. 140. & in comm. in lib. 10. quæst. Papin. pag. 238. col. 2.* Mynsi. *resp. 10. Dec. 1 num. 24.* Quamprimum autem ad conventionem de dando vel faciendo ex parte alterutra datio vel factum intervenit, tum à pacto fit transitus ad contractum, & quod ab initio fuit pactum, definit sive exit in contractum. *d. l. naturalis, 5. §. si facio ut facias. versf. Nam si pacti sumus. ff. de præscr. verb l. divisionis, 45. ff. de pact. l. 3. C. de rerum permut.* Cujac. *in lib. 10 quæst. Papin. pag. 243 col. 2. & in lib. 13. Pauli ad edictum, pag 82. col. 1. & lib. 11. obs. c. 17. circa finem.* (c) Factum hoc est res ipsa, quæ initium huic contractui præbet. Propriè quidem aliud est res, aliud factum, §. *non solum res. Inst. de verb. obl.* veruntamen & rei adpellatione haud rarò continetur etiam factum, *ut in l. stipulatio ista. 38. §. si quis dolum. ff. de verb. obl. l. 1. in princ. ibi, quantum ex ea re, ff. de his, qui effud. vel dejec.* vide *Comment. meum ad lib 3. Inst. pag. 214. & seqq.*

Contractus, do ut des, exempla hæc sunt: Do tibi pecuniam, ut 5
mihi Stichum des: (*a*) Do tibi scyphos, ut mihi Stichum des, (*b*) Do tibi aream meam, ut Insulâ in ea ædificatâ, partem ejus Insulæ mihi reddas: (*c*) Do tibi pecus meum pascendum, ut si post certos annos venisset, pretium inter nos communicetur. (*d*) Do tibi scyphos, ut mihi ejusdem ponderis argentum reddas. (*e*) Do tibi triginta, ut ex ejus reditu pro me tributum solvas, & quod amplius ex usuris redegeris, quàm tributi nomine præstiteris, id mihi reddas. (*f*) Do tibi penulam, ut mihi des tunicam. (*g*)

a) *l. Vlt. ff. de cond. caus. dat.* Donell. *ad tit. de præscr. verb. cap. 2.* Cujac. *lib. 32. obs. 29. & in repet. lect. l. naturalis. 5. ff. de præscript. verb.*

pag. 397.

Digitized by Google

factum, quod locari possit, *(b)* ut quod pars accipiens, præstet in re dantis. *(c)*

a) *Dict. l. naturalis. 5. §. at cum do ut facias, ff. de præscr. verb.* (b) *d. §. cùm do ut facias, & l. Sabinus. 20 l. convenit. 65. ff de contrab. empt. & §. item quæritur, Inst. de locat. & cond.* Donell. *libr. 13. Comment. c. 6. p. 151. & ad t. ff. de præscr. verb. c. 3.*

Sequitur de Innominato contractu, facio ut des. Item: Facio ut facias: Per articulum autem FACIO, intelligimus tàm traditionem, quàm merum factum. 9

Contractus Facio ut des, ubi Facio traditionem significat, exempla hæc sunt: Do tibi bovem, aut equum meum utendum, ut mihi vicissim tantùm mercedis nomine des, quantum inter nos postea convenerit. Do tibi utendum Corpus meum juris civilis, ut mihi vicissim tantùm des mercedis nomine, quantum inter nos postea statutum fuerit. 10

Argument. l. si tibi polienda. 23. ff. de præscript. verb. & §. 2. vers. qua de causa. 5. Inst. de locat. & cond.

Exempla autem innominati contractus Facio ut des: ubi Facio merum significat factum, ejusmodi sunt: Irrigo pratum tuum, ut mihi des mercedis loco tantùm, quantum inter nos postea convenerit: Aro & colo tuum agrum, ut mihi tantùm des mercedis loco, quantum inter nos postea statutum fuerit, *(a)* manumitto servum meum, ut mihi des decem. *(b)* Indico tibi servum tuum fugitivum, ut mihi postea præmium hoc nomine des. *(c)* 11

a) *Argum. d. l. si tibi 23. ff. de præscript. verb. & dict. §. 2. vers. qua de causa. Instit. de locat. & cond.* (b) *l. 3. §. quin imò. ff. de cond. causa.* (c) *l. solent 15. ff. de præscript. verb.*

Atque hic contractus utriusque generis, similis est locationi & conductioni. 12

l. Naturalis. §. pen. in fin. & l. si tibi polienda 22. ff. de præscript. verb & fac. d. § 2. vers. qua de causa, Inst. de locat. & cond. Donell. *ad t. de præscr. verb. cap. 14.* Dissentit Cujac. *ad l. 7. ff. de pact. mihi pag. 21. & ad d. l. naturalis. 5. §. quod si faciam ut des, ff. de præscript. verb. & in com. in libr. 5. quæst. Pauli p. 156. col. 2. in fine, & pag. seqq.* & Iohan. Borcholt. *ad tit. de pact. cap 6. n. 22. & seqq.*

Contractus, Facio ut facias, ubi Facio significat traditionem, est, cùm do tibi servum meum utendum, ut mihi des vicissim servum tuum utendum. *(a)* Item, cùm do tibi bovem meum utendum, ut mihi vicissim postea tuum des bovem utendum. *(b)* Depono apud te pecuniam, ut eam des Titio, si fugitivum servum meum reduxerit. *(c)* Do tibi 13

Digitized by Google

equos meos venales gratis experiundos, ut si in triduo displicuerint, eos mihi reddas. [d] Do tibi mulas, ut eas experiaris, & si placuerint, emas, si displicuerint, in dies singulos mihi aliquid præstes. [e] Do tibi vas argenteum venale, ut illud inspicias, & si illud displiceat, nec emere velis, mihi id referas. [f] Do tibi roganti annulum meum inspiciendum, ut mihi eum quam primum inspexeris restituas. [g] Do tibi rem æstimatam vendendam, [h] veluti do tibi margaritam æstimatam vendendam, ut aut eadem mihi adferas, aut pretium earum. [i] Do tibi magistro navis merces meas vehendas. [k] Do tibi rem quandam pretii explorandi causa. [l] Trado tibi roganti venalia mea vestimenta, ut ea peritioribus ostendas, & si displicuerint, restituas. [m] Trado tibi sponsionis causa annulos, ut eos victori reddas. [n] Vendo tibi bibliothecam, si Decuriones Campani mihi vendiderint locum, in quo eam ponerem. [o]

a] *l. Pen. ff. de præscript. verb.* [b] *l. si gratuitam. 17. §. si cum unum, ff. eod. §. præterea, 2. Inst. locat. & cond.* [c] *l si apud te. 18. ff. de præscript. verb.* [d] *l. apud Labeonem 20. in princ. ff. eod.* [e] *d. l. apud Labeonem. 20. §. 1. ff. d. t.* [f] *d. l. si gratuitam. 17. §. si rem tibi, 2 d. l. apud, 20 §. si cum emere, 2 ff. d. t.* [g] *l. duo. 23. ff. eod.* [h] *l. 1. ff. de æstim. l. rogasti me. 19. ff. de præscript. verb.* [i] *l. si gratuitam. 17. §. si margaritæ. 1. ff de præscript. verb.* [k] *l. 1. § 1. ff. eod.* [l] *d. l. 1. §. ult. ff. d. t.* [m] *d. l. si gratuitam. 17. § si cum mihi vestimenta, 4. ff. eod.* [n] *l. si gratuitam. 17. §. ultim. ff. eod.* [o] *l. Labeo scribit. 50. ff. de contrahend. emption. & vendit.*

14 Exempla autem Innominati contractus Facio, ut facias: ubi Facio metum significat factum, talia: Prædium meum pro te obligo, ut mihi fidejussorem præstes. (a) Servum meum manumitto, ut tu vicissim tuum manumittas. (b) Ego ex tuo jussu Francofurti à debitore tuo pecuniam exigo, ut tu vicissim Argentinæ à meo debitore pecuniam exigas. Ego ex conventione nostra in tuo fundo ædifico, ut tu vicissim in meo ædifices fundo. (c)

a) *l. Rogasti. 19. §. 1. ff. de præscript. verb.* (b) *l. naturalis. 5. in princ. junct. §. ult. ff. eod.* (c) *d. l. naturalis. 5. §. sed si facio ut facias, ff. d. t.*

15 Contractus autem Facio ut facias, similis est mandato, (a) & interdum locationi & conductioni. (b)

a) *d. l. naturalis. 5. §. sed si facio, ff. de præscript. verb.* (b) *§. præterea. 2. Inst. de locat. & cond. & l. 17. §. si cum unum, ff. de præscript. verb.*

16 Quandoque verò in uno negocio concurrunt Facio, ut des, & facio ut facias: ut cum fulloni polienda, curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta, quis dederit, nulla statim mercede constitutâ, sed postea tantùm daturus, quantum inter eos convenerit.

§. 2. Vers. qua de causa. Inst. de locat. & l. si tibi 22. ff. de præscript. verb.

Dispi-

Dispiciemus modo de obligatione & actione, quam innominatus 17
contractus parit. Obligatio autem isthæc ejusmodi est, ex qua illi parti, quæ quid dedit, vel fecit, à parte altera, quæ cessat dare vel facere, debetur, aut certa quantitas, aut traditæ speciei restitutio, aut id, quod interest, aut conjunctim traditæ speciei restitutio, & id, quod interest, interdum etiam cura rei traditæ, vel dandæ.

In hoc tamen contractu pœnitentiæ locus est. *l. 3. §. 1. l. 5. in princ. & §. 1. ff. de condit. caus. dat. caus. non secut.*

Certa quantitas ei debetur, veluti decem, quæ apud partem alte- 18
ram deposuit, ut ea Titio daret, si ille servum fugitivum induxerit, is verò non reduxerit servum.

l. Si apud. 18. ff. de præscript. verb.

Debetur item ei certa quantitas, si alteri parti nummos mutuos 19
roganti, rem vendendam dederit, ut pretio ex venditione redacto uteretur, hæc autem pars re vendita pecuniam illam non adcipiat mutuam.

l. Rogasti. 19. ubi Cujac. *ff. de præscript. verb.*

Similiter certa illi parti debetur quantitas, cùm triginta dedit par- 20
ti alteri, ut hæc ex ejus pecuniæ reditu tributum, quod ille pendere debebat, præstaret, & quod amplius ex usuris pars hæc adcipiens redegerit, id ei restitueret, amplius autem ex usuris redactum fuerit, quam tributi nomine is præstitum.

l. Titius Sempronio. 24. ff. de præscript. verb.

Æque debetur illi certa quantitas, si ex conventione servum suum 21
manumiserit, ut pars altera decem daret.

l. 3. §. Quimmò. ff. de cond. causa dat. quo loco per condictionem significatur præscriptis verbis actio, *ut in l. duo. 19. §. ult. ff. de procur.* Atque ita *dict. §. quin imò.* post Græcos & Latinos nonnullos interpretatur Cujac. *ad l. naturalis 5. §. Do ut facias. ff. de præscript. verb.*

Et ut summatim dicam, quoties convenit, ut parti danti, vel faci- 22
enti, numerus aut pondus mensurave rei detur, certa quantitas in hac obligatione versatur.

l. Vlt. ff. de præscript. verb. l. certum. 6. junct. l. 2. §. 1. & l. certi condictio. 9. ff. de reb. credit. quo posteriore loco dicitur, quod etiam ex contractu incerto, id est, ex contractu innominato certum peti possit.

Traditæ rei restitutio debetur illi parti, quæ rem quandam alteri 23
parti tradidit, ut hæc vel in illa operam suam præstaret, vel ea uteretur, veluti si fulloni, polienda, curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, (a) vel si quis bovem suum, vel equum vicino utendum dederit, ut ab eo vicissim bovem

aut equum illius utendum acciperet. (b) His & similibus casibus parti tradenti, ex hoc contractu obligata est pars accipiens ad restituendam eam rem, quam accepit, (c) licèt & hæc vindicatione revocari possit. (d)

a) *Dict. l. si tibi. 22. ff. de præscript. verb. & §. qua de causa. 2. Inst. de locat. & cond.* (b) *l. si gratuitam. 16. §. si cum vend. ff. de præscript. verb. & §. præterea. 2. Instit. de locat. & conduction.* (c) *argum. l. duo in solidum. 19. §. ult. ff de precar.* & facit quod res locata, item commodata, locati vel commodati actione repeti potest, *§. conductor. 5. versic. qui pro usu. Inst. de locat. & cond. l. si cui. 48. §. 1. ff. locati, l. 2. Cod. commod. §. item is, cui res utenda. 3. Instit. quib. mod. re contrahit. oblig.* (d) *l. officium 9. in fine, ff. de rei vindicat.*

24 Id quod interest debetur parti, quæ quid dedit, vel fecit, si pars altera vicissim, vel corpus aliquod dare, vel merum aliquod factum præstare promisit, veluti si Titio danti Scyphum, vicissim dare promisit Stichum servum aut Sempronio danti rem quandam, vicissim tabulam pingere, aut Stychum servum suum manumittere promisit: aut Mævio servum suum manumittenti promisit vicissim manumittere proprium servum.

l. Naturalis. 5. §. 1. vers. in qua actione. §. 2. vers. si res, & §. ult. l. si tibi. 7. ff. de præscr. verb.

25 Conjunctim traditæ speciei restitutio, & quod interest, debetur, si pars nomine rei sibi traditæ, vicissim quid tradere, vel facere promisit.

Vt in specie, l. si gratuitam. 17. §. si cum nuum, & l. si tibi polienda. 22. ff. de præscr. verb.

26 Cura rei debetur parti rem tradenti à parte accipiente, non modo cum res vel utenda data est, ut vicissim res utenda daretur, vel tradita est res, ut in ea accipiens suâ operâ quid faceret, [a] sed & cum pro re data, alia species est danda. [b]

a) Exempla harum specierum proponuntur *in d. l. si gratuitam. 17. §. si margarita. 1. & §. si cum bovem, & l. si tibi polienda. 22 ff. de præscr. verb. & d. §. 1. vers. qua de causa, & §. præterea 2. Inst. de locat. & conduct.* [b] *l. naturalis. 5. §. 1. vers. sed si Scyphos ff. de præscr. verb.*

27 Cura autem ea in hoc consistit, ne quid dolo aut culpâ fiat, quo species restituenda vel danda pereat, vel deterior fiat. Interdum tamen etiam periculum rei traditæ ad accipientem pertinet, ut si quis circitori roganti rem æstimatam dederit vendendam.

Dict. l. si gratuitam 17. §. 1. 2. & 4. ff. de præscr. verb. secundum quem §. intelligenda est l. 1. in fine, ff. de æstim. Cujac. *add. l. si gratuitam 17. §. 1. ff. de*

Digitized by

ff. de præscr. & facit. *l. 4. in pr. ff. de reb. cred.* de specie danda est textus *in d. l. 5. §. 1. vers. sed si scyphos ff. de præscr. verb.*

Quod si etiam tibi pecuniam dedero, ut Stichum servum mihi da- 28
res: Stichus autem ille apud te mortuus fuerit, periculum hoc ad te pertinet, ita ut ego datam pecuniam abs te repetere possim.

l. Vlt. ff. de cond causa dat. sed vide *l. naturalis. 5. §. 1. vers. sed si scyphos ff. de præscr. verb. & l. 3 §. quidita ff. de cond. causa dat.*

Cæterum actio, quam innominatus contractus, & ejus obligatio de 29
ejusmodi aliquo debito parit, est præscriptis verbis actio; [a] quæ & utilis actio, [b] item actio propria; [c] & in factum civilis actio; [d] & simpliciter in factum actio, [e] atque etiam præscriptis verbis in factum actio, [f] & incerti, [g] & incerta, [h] & civilis incerti, [i] & simpliciter civilis. [k] Item præscriptis verbis incerti actio, [l] tum etiam incerti condictio [m] adpellatur.

a] *l. 2. l. 5. §. 2. l. 7. l. 8. l. Si tibi 13. §. si tibi 13 §. si tibi area l. solent. 15. §. si gratuitam. 17. §. 1. §. 3. & §. rogasti 19. & l. seq. l. si tibi polienda. 22. l. Titius. 24. l. penult. & ult. ff. de præscr. verb. l. 1. ff. de æstim.* [b] *l. cùm mota. 6. in fin. C. de transf. l. 1. C. de pact. convent. l. 3. C. de donat. quæ sub modo.* Ideò autem utilis adpellatur, quia ad exemplum directæ alicujus, id est, cujusdam nominatæ & usitatæ actionis comparata est, *l. 1. C. de rerum permut.* [c] *l. 1. in princ. ff. de præscr. verbis. ibi. Item propria actio. l. petenti 27. in fin. ff. de pig. act.* Eò quòd ex proprio & novo quodam negotio, & separato civilibus nominatis negociis datur, *l. rogasti. 19. l. si tibi. 22. in fin. ff. de præscr. verb. §. præterea 2. Inst. de locat. & cond.* (d) *l. 1. §. 1. & ult. l. 5. §. 2. in fin. ff. de præscr. verb.* (e) *l. si tibi rem. 13. in princ. l. duo in solidum. 23. ff. d. t. l. 1. §. unde si ea res, ff. de rerum permut.* (f) *l. Titius 24. ff. de præscr. verb.* (g) *l. 6. l. 9. ff. d. t.* (h) *l. rebus 6. C. de rerum permut.* (i) *l. permisisti 16. in pr. ff. de præscr. verb.* (k) *l. naturalis 5. §. at cum do. l. solent. 15. ff. d. t.* (l) *l. si dominus 8. in fine ff. eod.* (m) *l. duo. 19. §. ult. ff. de precar.*

Atque hanc actionem competere etiam ex specie, sive articulo, fa- 30
cio, ut des, juris auctoritas arguit.

l. 3. §. Quin imò ff. de cond. causa dat. l. jurisgentium. 7. §. 2. vers. & ideo puto ff de pact. l. naturalis 5. §. at cùm do. vers. sed si dedi tibi. l. solent 15. l. si tibi polienda 22. ff. de præscr. verb. Donell. *ad eundem t. c. 10. & seqq.* Dissentit Cujac. *ad d. l. 6. ff. de pact. & ad l. naturalis. 5. ff. de præscr. verb. & eum secutus* Iohan. Borcholt. *de pact. c. 6. & n. 36.*

Quod si tamen dolus partis cessantis arguatur, etiam de dolo actio 31
in eam competit.

Dict. l. naturalis. 5. §. at cum do, vers. sed si tibi dedi, & d. l. solent. 15. in

fin. ff. de præscr. verb. Duaren. *ad d. l. jurisgentium. 7. ff. de pact.* Dissentit Donell *ad d. t. de præscr. verb. c. 16.*

32 Et si hæc præscriptis verbis actio de æstimato proponatur, vel ex permutatione, bonæ fidei est, non stricti juris actio.

§. *Actionum autem quædam. Inst. de action. l. 1. in fine principii ff. de æstimat. act.*

33 At præscriptis verbis actionem dari ex pactis, bonæ fidei contractibus in continenti adjectis, ut alibi, ita & hîc prorsus negamus.

Per l. si fundus 4. ff. de lege commiss. l. Imper. Severus 16. ff. de in diem addict. d. l. jurisgentium 7. §. quin imò, ff. de pact. vide *supr. disp. 2. thes. 41. & disputat. 3. thes. 52.* Certa tamen consideratione, pactum illud est pars quædam innominati contractus, ut si consideres pactum cum eo quod principaliter in contractu est. Atque inde præscriptis verbis Actio illius pacti nomine competit, Aliàs consideratum hoc pactum ut pars principalis nominati contractus, cui adjicitur, parit actionem ejusdem contractus.

Clas. II. Disputat. XIV.

De Emphyteusi, Itemque Libellario & Chirographario Contractu.

Thesis I.

1 De Iurisgentium Contractu, ejusque speciebus adhuc differimus: succedit modò Contractus Iuris Civilis: qui Iure civili ad obligationem constituendam introductus, & formatus est, *(a)* cujus species duæ sunt: una quâ literis, *(b)* altera quâ verbis, *(c)* obligatio contrahitur.

a) *l. 5. In fin. ff. de Iust. & Iur.* Dn. D. Bocer. *in tract. de qualit. & differ. feud. c. 1 num 26.* (b) *t. Inst. de liter. oblig. gl. in d. l. 5. in fin in verb. quibusdam ff. de Iust. & Iur. & gl. in §. Et ex hoc Iure gentium. in verbo, penè,*

genè, Inſt. de Iur. nat. gent. & civ. (c) §. *de conſtituta. Inſt. de act. juncto t. Inſt. de verb. obl. gl. in loco proximè ad literam B. allegatis.*

Literis obligatio contrahi dicitur, cum ipſi conventioni, quæ in 2
omni contractu neceſſaria eſt, (*a*) Scriptura, ut ſubſtantialis forma, ex Iuris authoritate adhibetur. (*b*)

a) *l. 1. §. Conventionis verbum, verſ. adeò autem, ff. de pact.* (b) *§. ult. ibi, aut literis,* ubi Hotom. Weſenb. *& alii. Inſt. de oblig.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 1 t. 10.*

Species autem contractus, quo literis obligatio conſtituitur, ſunt: 3
contractus Emphyteuticus; (*a*) libellarius contractus; (*b*) & contractus Chyrographarius. (*c*)

a) *l. 1. in princ. ibi, ſed nos Ius tertium eſſe conſtituimus. Item ibi, conceptionem definitionemq; habere propriam, junctis verbis, ſcripturâ interveniente,* ubi Dd. ferè omnes, & inter hos etiam Iohan. Coraſ. *num. 8. & 12.* Item Sichard. *num. 32. & 34. & ſeq. C. de Iur. Emph.* Iul. Clar. *in §. Emphyteuſis, quæſt. 4.* Iohan. Borcholt. *in Comment. in conſuetud. feudor. cap. 3. num. 3.* Donell. *libr. 9. Commentar. cap. 13. pag. 445. Idem tamen diſſentit, lib. 13. Comment. cap. 22. pag 214.* Hotoman. *item ad d. §. Et ex hoc Iure, in fin. Inſt. de Iur. nat. gent. & civ.* ſcribit hunc contractum ex conſtitutione Zenonis accepiſſe tantum nomen & quaſdam conditiones Vide *Commentar. meum ad l. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num 79. & tract. de inveſtit. c. 2. num. 48.* adde Dn. D. Beſold. *in præcogn. ff. quæſt. 6. fol. 94.* Vbi hunc Contractum Iuriſgentium eſſe exiſtimat. (b) *t. 5. §. aut ſi libellario nomine, & §. rurſus ſi fidelis,* ubi Cujac. *& tit. 13. lib. 1. Feud tit. 9. §. donare, tit. 44. tit. 52. §. notarium verò, tit. 55. in princ. ibi per libellum vendiderit, libr. 2. Feud.* Et Hotoman. *in libello de verbis feudalibus ſcribit,* omnium veterum Dd. opinionem eſſe vulgatam, & veriſſimam, libellarium contractum eo ſic dici, quod in libello ſive brevi chatta præſcribatur. Idem ſentit Cujac. *ad tit. Quibus mod. feud amittat. lib. 1. Feud. mihi pag. 80. & ſeq.* & Iohan. Borcholt. *in d. cap. 2. num 45.* (c) §. *planè, Inſt. de literar. oblig. l. in contractib. 14. C. de non numerat. pecun.*

Quod attinet contractum Emphyteuticum, quia Emphyteuſis 4
non eo ſolùm, ſed & aliis modis conſtituitur, ne particulatim hîc, & alibi de hac materia agamus, certum nobis eſt eam hîc totam uno thematum complexu proponere. Eſt ergo Emphyteuſis Ius [*a*] quoddam in ſolo [*b*] alieno, [*c*] ruſtico, [*d*] & illius membro, [*e*] plenſſimè [*f*] eo fruendi, pro certa annua penſione domino ejus præſtandâ: [*g*] Quod Ius habet, Emphyteuta, [*h*] & Emphyteuticarius, [*i*] appellatur: qui utilis dominus, & utile habere dominium non niſi ineptè dicitur. [*k*]

a) *l. 3.*

a) *l. 3. §. Si Ius ἐμφυτεύτικον. ff. de rebus eorum, Rubric. & l. 3. ibi, Ius Emphyteuticum transferre. Item ibi, vel si Ius emphyteuticum, C. de Iure emphyteut.* (b) *l. si domus. 72. in fin. ibi, sed id Ius, quod in vectigalibus fundis habemus, ff. de legat. 1.* & hoc differt emphyteusis à superficiario Iure, quod non est in ipso solo, sed in soli superficie, quæ solum non est, sed in solo, *l. 1. §. 1. ff. de superficieb. l. id est. 74. ff. de rei vindicat.* Emphyteuta habet solum ipsum: Superficiarius habet tantum superficiem, Donell. *libr. 9. Commentar. cap. 16. in princ.* Cujac. *ad l. 2. ff. de servitut. pag. 176.* (c) *l. 1. § fin. ff. si ag. vectig.* atque hoc differt Emphyteusis à colonario Iure, quod Græci παροικικὸν appellant, παροικία enim, est fundi dominus, qui fundum emit. *Novell. 7. in princ. §. 1.* Cujac. *ad l. 2. ff. de servitutibus.* Eadem hac nota distinguitur Emphyteusis à prædio Censitico, Emphyteusis enim consistit in prædio alieno, census verò præstatur ex prædio proprio: Berlich. *part. 2. concluf. practic. concluf. 47.* & in dubio præsumitur censiticum prædium, non Emphyteuticum, Menoch. *de præsumpt. libr. 3. præsumpt. 106.* Berlich. *dict. concluf. 47. numer. 19.* Mascard. *de probat. concluf. 281.* (d) *Rubr. & l. 1. ff. si ag. vectigal. l. lex vectigali fundo 31. ff. de pign. & hypothec.* Et hinc vectigale, item emphyteuticarium prædium opponitur prædio superficiario, id est ædificio *in l. tutor. 16. §. ultim. ff. de pignorat. act.* Donell. *lib. 9. Comment. cap. 13. pag. 444. verf. Res in qua consistit.* Nomen quoque Emphyteuseos satis arguit emphyteusin esse tantum in prædio rustico. Emphyteusis enim nomen significat sationem, insitionem, & omnem rationem agri colendi. Molin. *in consuet.* Paris. *tit. 1. §. 1. gl. 5. num. 73. pag. 65.* Cujac. *ad d. l. 2. ff. de servit. pag. 176. col. 1. sub lit. D. & alii alibi.* (e) veluti mancipio rustico & annona civili, *dict. Novell. 7 in princ. §. hæc ergo nos, verf. vult enim illa, ibi*, aut alienare rem immobilem, domum forsan aut agrum, aut colonum, aut mancipia rustica, aut civiles annonas: nam & hæc inter immobilia sunt numeranda. *junct cap. 2. in princ. verf. aliter autem. ibi*, aut mancipii rustici, aut civilis annonæ. Mancipia rustica, ut & annonæ civiles sunt pars prædiorum rusticorum, *l. hac edictali 6. §. his illud, C de secund nupt. l. jubemus. 14. in princ. Cod. de SS. EE.* Cujac. *in d. Novell. 7. in princ. & in* Modestino *lib. 6. different. pag. 97. in fin. & pag. seq.* Cujac. *in Paratitl. C. de Iur Emphyt. in fin.* (f) *d. §. adeò autem. 3. ibi, quandiu pensio sive reditus pro his domino præstetur. Instit. de locat. & conduct.* quæ omnia pensio & in aliquo servitio consistere potest. Sichard. *ad rubric. C. de jure Emphyteut.* (g) *l. 2. & 3. C. de Iur. emphyteu.* Quâ posteriori lege ea pensio appellatur Canon emphyteuticus. Atque hinc, per Canonem scilicet sive pensionem annuam distinguitur emphyteusis à Feudo, & usufructu. (h) *l. 3. in princ. C. de jur. emph.* (i) *l. 1. Cod. d. tit.*

(k) Etsi

(k) Etsi enim emphyteuta utilem in rem actionem habeat pro vindicanda Re emphyteutica ab ejus possessore, inde tamen utilis dominus non rectè dicitur. Vide Valascum *de jur. Emphyt. quæst. 13.* Nam creditor licet utilem hypothecariam habeat actionem, non tamen nisi ineptè utilem inde dicetur habere hypothecam. Cujac. *in libr. 21. Pauli ad Edict. pag. 334. col. 1.*

In Emphyteusi autem triplex Inspectio incurrit: una de constitutione Emphyteutici Iuris: altera de eò, quid Ius illud jam constitutum contineat: tertia de modis, quibus Emphyteusis finitur. 5

Constitutio Iuris Emphyteutici tres habet tractatus; unum de his, qui concedere alicui Emphyteusin possunt: alterum de rebus, quæ in Emphyteusin dantur: tertium; de modo constituendi Emphyteusin. 6

Concedere alicui Emphyteusin in prædiis suis potest, civitas, *(a)* collegium Ecclesiasticum, *(b)* & dominus privatus quisque, *(c)* qui suarum rerum administrationem habet. *(d)* 7

a) *l. 1. In princ. & §. 1. ibi, à municipibus, ff. si ager. vectigal.* (b) *Novell. 7. cap. 3. & Novell. 120. cap. 5. & 8.* (c) *§. adeò autem. 3. in princ. ibi, pro his domino præstetur, & vers. sed talis, ibi, ad dominum, Inst. de locat. & conduct. l. 1. ibi, in quo cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes: item ibi, sed rei domino, l. 2. ibi, si dominus voluerit. Item ibi, ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur. l. 3. ibi, cum domini voluntate. Item ibi, sine consensu domini, & ibi, domini minimè concedant. Item ibi, attestationem domino transmitti, & dominus hoc facere noluerit; necessitatem autem habere domino; sed ipsos dominos per se, C. de jur. Emph.* Quibus locis omnibus cùm in hac de emphyteusi materia, simpliciter, & sine distinctione, domini mentio fiat, & quisque privatus etiam suorum prædiorum dominus sit, ea in Emphyteusin dare hodiè poterit, maximè cùm ipsorum transferendi dominium in alium potestatem habeat, ut eo multò magis quod minus est Ius, veluti Ius Emphyteuticum, concedere alii possit, *l. non debet, ff. de reg. jur.* id quod sentit etiam Cujac. *in lib. 21. Pauli ad edict. pagin. 334. in explicat. l. 24. ff. de rei vind.* & Donell. *lib. 9. Commentar. c. 13. pag. 444.* (d) Is enim, cui interdictum est rerum suarum administratione, emphyteusin in iis constituere nequit, *l. ult. Cod. de reb. alien. non alienand.*

Pupillus ergo, neque Contractu, neque præscriptione, absque tutoris sui authoritate, & magistratus decreto, *(a)* neque testamento, in prædiis suis emphyteusin alicui constituere potest. *(b)* 8

a) *Dict. l. ultim. ibi, sed etiam usufructus dationem, C. de rebus alien. non alienand. l. 3. §. nec usufructus, ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.* Quo facit etiam quod nec suam Emphyteusin sine decreto alienare po-

Digitized by Google

test, *d. l. 3. §. si jus, ff. d. t. & l. etiam vectigale 13. C. de præd. & aliis reb. minor. &c.* De præscriptione, quæ & ipsa alienatio est, *per l. alienationis verbum 28. ff. de verb. sig.* est quoque textus, *in d. l. 3. §. nec usufructus, vers. an ergo hic, ff de reb. eor. &c. l. bonæfidei 48. in princ. vers. nec interest, ff de acquir. rer. dom. l si communem 10. in princ ff quemadmodum servit. amitt. l 3 ibi, sed pupillari ætate, l. cùm notissimi 7 ibi, aut si ætas impubes, C. de præscript. 30 vel 40. annor.* (b) *per l 5. ff. de testamentis, & §. cùm ergo certus. Instit. Quib ex causis manumitt. non licet.*

9 Similiter pubes, licet sine curatoris sui consensu ex stipulatu obligetur, *(a)* in Emphyteusin tamen absque curatoris consensu & magistratus decreto, prædia sua inter vivos alicui dare posse, non injuriâ, negatur. *(b)*

a) *l. Puberes. 101. ff. de verb. oblig.* obstare videtur, *l. 1. C. de authorit. præstand. & l. neque tutoris 7. C. de contrah. & commit. stipulat. item l. 3. C. de in integ. restit. minor. juncta, l. is, cui. 6. ff. de verb. oblig.* Et quod eluso riæ redderentur ll. omnes, quibus cautum scimus, puberem sine curatoris consensu vendere, permutare, vel quovis alio modo res suas alienare non posse; quippe cum omnibus contractibus adhiberi stipulatio possit, *l stipulationum 5. in pr. vers. conventionales, ff. d. t.* (b) *l. 4. d. l. etiam 13. & tot. tit. C. de præd. minor. & l. si fundus 13. in princ. ff. de reb. eorum, qui sub tutel. vel cura sunt.* Vide Dn. D. Halbritter. *p. m. in tract. de jur. Emphyt. cap 2.*

10 Quæritur, an pupillus, vel minor, sine tutoris authoritate, vel consensu curatoris, prædium aliquod in Emphyteusin accipere possit? Et nos ire in sententiam affirmativam juris authoritas jubet; ita tamen, ut hos ad Canonis præstationem, antequam tutor vel curator actum pupilli vel minoris comprobarit, sic obligari negemus.

Inst. de authorit. tut. in princ. vers. unde in his causis, l. Iulianus 13. §. si quis à pupillo 29. ff. de act. empt. & vend. Francisc. Caldas. *ad l. si curatorem. 3 in verb. contractum feciſti. num. 3. C. de in integr. restit. minor.* Valascus *de jur. Emphy. quæst 36. num. 5.*

11 Res autem in Empnyteusin quæ dari possunt, sunt prædia rustica, veluti agri, *(a)* atque ea res, quæ prædiis iisdem cohærent, ut sunt ædes, *(b)* mancipia rustica, & annonæ civiles, *(c)* quæ cum ipsis etiam prædiis, & non aliter *(d)* in Emphyteusin rectè dantur.

a) *Per fundamenta thesi 4. sub lit. D. asscripta.* (b) *l. si finita. 15. §. si de vectigalibus ædibus ff de damno infecto. Novell. 7. c. 3. §. scire autem, ibi, prædia aut domos, item ibi, prædium aut suburbanum, aut domum, qui emphyteusin percepit,* Dovell. *dict. lib. 9. cap. 13. pag. 444. lin. 44.* (c) *dict. Novell. 7. cap 3. in princ. vers. aliter autem. Novell. 120. cap. 1. in fin. auth. si*

quæ

quas. C. de Sacrosanct. Eccles. (d) *per l. si quis inquilino. ff de legat. 1.* Cujac. *in Modestino lib. 6. differentiar. pag. 98.*

Etsi verò primitus fundi tantùm deserti & steriles, ut meliores red- 12
derentur, in Emphyteusin dati sint, *(a)* postea tamen agri etiam culti & fertiles in eandem dari jure cæperunt. *(q)*

a) *Vt probant* Dd. *ex l. 2. verb. nomine meliorationis, & l 3. verb. suas meliorationes. C. de jur Emphyteut.* ubi Cujac. *in Paratitl. idem* Cujac. *ad l. 2. ff. de servitut.* (b) *d. §. adeò autem. 3. ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur. Instit. de locat. & conduct. l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum. ff. si ager vectigal.* & arguit, haud obscurè sanctio Zenonis Imperat. *in l. 1. C. de jur. Emphyteut.* quæ generaliter de re in Emphyteusin data, concepta est, nec distinguit inter rem sterilem & fertilem. Consuetudo item testatur, prædia quoque culta in Emphyteusin dari. Valascus *de jure Emphy. quæst. 2. num. 5.* Ruland. *de commiss. & commission. parte 3. libr. 5. cap. 9 num. 23.*

Vinea quoque in Emphyteusin dari potest. Nam eâ datâ intelligi- 13
tur & solum datum: *(a)* at arbores absque solo in Emphyteusin rectè concedi non putamus. *(b)*

a) *l. Certo generi 13. in princ. ff. de servitut. prædior. rustic.* (b) arbores enim per se, sine solo consideratæ sunt soli superficies, § *sed si gregis. 38. Inst. de rer. divis.* Sed aliud est jus emphyteuticum, aliud item jus superficiarium, *l. 3. §. fijus, ff. de rebus eorum, qui sub tutel. vel cura sunt.* Aliud prædium Emphyteuticum, aliud superficiarium prædium, *l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. action.* Iason tamen *in l. 1. num. 103. C. de jure Emphyteut.* existimat, arbores in feudum etiam sine solo rectè dari.

Feudale item prædium à Vasallo, absque domini consensu, in Em- 14
phyteusin dari non potest, *(a)* etiamsi improprium sit feudum. *(b)*

a) Concessio enim in Emphyteusin est alienatio. *Novell 7. cap. 1. §. alienationis autem nomen*; sed omnis alienatio feudi prohibita est, *tit. 52. in princ. vers. hortatu itaque & consilio, & tit. 55. in princ. vers. habito ergo consilio, lib. 2. feud.* (b) etsi enim in uno feudum propriam naturam suam deposuerit, in altero tamen eam retinet, *tit. 48. lib. 2. feudor.* sunt tamen, qui putant improprium feudum in Emphyteusin rectè dari, quibus contradicit Curt. Iun. *in tractat. feudor. part. 4. num 91.* Vide tractat. *meum de jure & commod. Senior. lib. 2. cap. 6. num. 129. & seq.*

Constituitur autem Emphyteusis tribus *(a)* modis: Contractu 15
Emphyteutico: præscriptione; & ultima voluntate. Contractus Emphyteuticus est, quo pars una solum suum rusticum, adhibitâ scripturâ *(b)* parti alteri fruendum, pro certa annua pensione concedit.

a) Donell. duobus tantùm modis, testamento, & pactionibus,

Emphyteusin constitui tradit *lib 9. Commentar. cap. 13. pagin. 44. circa finem.* (b) *per fundamenta Thesi 3. sub lit. A. apposita.* Adde me *ad l. 23. ff. d regul. jur. cap. 4. num 77.* & in tract. *de qualit. & differ. feud cap. 1. numer. 19.* Aut ipsa scriptura hodie est substantialis forma contractus Emphyteutici, aut hoc nostro etiam seculo Emphyteuticus contractus nihil aliud est, quàm locatio conductio, qualis contractus plerisque olim fuisse, convincitur ex claro textu *l. 1. in princ. ibi, vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur,* & §. *1. ibi, fundum fruendum conduxerunt,* & *l. ult. ff. si ag. vectigal* cum Zeno Imp. *in l. 1. C. de jur. Emphyt.* diserte distinxerit Emphyteuticum contractum ab emptione & venditione, item locatione & conductione, & ab his, ut tertium aliquod contractus genus separarit; necesse est, ipsum Imp. certam quoque formam huic contractui constituisse; species enim à specie non nisi per formam distinguitur; eam autem formam esse scripturam arguit eadem, *l. 1. ibi scripturâ intervenient, & l. 2. ibi. in Emphyteuticis instrumentis, & l. 3. ibi, Emphyteuticum instrumentum. item ibi. instrumentum Emphyteuseos, Cod. dict. tritul.* & si prædium Ecclesiasticum in perpetuum in Emphyteusin detur non sufficit privatum instrumentum, sed publica scriptura necessaria est ad hunc contractum, *Novell. 7. in princip. §. ultim. vers. Anastasius autem, ibi, gesta monumentorum. Item, ibi, sine gestis quidem. Item ibi, cùm gestis autem in perpetuum.* Vbi gesta monumentorum sunt publica scriptura, *l. privilegia. 17. §. id verò quod gestum erit, Cod. de SS. EE. & l. ultim. C. de donat. causa mort.* Ratio autem cur Zenoni Imperat. placuerit hunc contractum scripturâ fieri hæc esse videtur, quod cùm res detur, vel in perpetuum, vel in longum tempus, vix esse possit, ut memoria rei gestæ sine scriptura extet. Donell. *dict. libr. 9. Commentar. cap. 13. pagin. 445.*

16 Atque hunc contractum ratione formæ suæ, (a) quæ in scripturâ consistit, juris civilis contractibus associandum esse, insulsè negant illi, qui (b) ex eodem hoc negocio condictionem ex lege dari volunt.

a) *Vnaquaque res ex sua forma æstimari debet, l. adeò. 7. §. cum quis. ff. de adqu. rer. dom. & l. Iulianus 9. §. sed si quis rem. in fin. ff. ad exhibend.*

(b) Inter hos etiam est Iohan. Coras. *ad l. 1. num. 10. C. de jur. Emphyt. quo loco ex hoc contractu condictionem ex lege dari affirmat: sed ad Rubr. d. t. num. 8. & lib. 1. Miscell. c. 21.* scribit hunc contractum juris esse gentium, non juris civilis, qua etiam opinione imbutus est Dn. Harppr. *ad §. 3. Inst. de locat. num. 14.* Connan. *lib. 7. c. 12. num. 1. At communis est sententia contractum hunc juris esse civilis,* Accurs. & Bartol. *in l. 5. num. 4.* & Zas. *in l. 3. in fin. ff. de just. & jur.* idem Accurs. & alii *in §. jus autem gentium. Inst. de jur. nat. gent. & civ.* Wesemb. *in §. adeò. num. 8. Inst. de locat.*

locat. & conduct. & in Paratitl. ff. si ager vectigal. num. 2. Gothofred. Anton. *diſp. feud. 1. theſ. 1. lit.* C. Ferdinand. Vaſqu. *tract. de ſucceſſ. progreſſ. in Præfat. num. 136.* Iohan. Borcholt. *in Comment. in conſuetud. feudor. c. 3. n. 3.* & Guid. de Suzaria *in tr. de jur. Emph. n. 1.*

Bonæfidei autem vel ſtricti juris hic contractus an ſit, dubio non ca- 17
ret? Nos in ſtrictis negociis cum Dd. (*a*) communiter rectè (*b*) numerare putamus.

a) Poſt alios Bald. *num 8. in lectura 1. & num. 17. in lectura 2.* Item Iaſon. *num. 76.* Sichard. *num. 6. in l. 1. C. de jure Emph.* atque ita pleroſque omnes tradere ſcribit Bald. *d. num. 8.* & Iohan. Ferrar. *ad Rubr. C. d. t.* vide *tr. meum. de qualitat. & different. feud. c. 1. num. 28. & ad § 3. Inſtit. de locat. num. 63. & ſeqq. & de inveſtitur. c. 2. num. 48.* (b) Sola enim lex facit contractus, & actiones bonæfidei. §. *actionum, verſ. quamvis enim, & §. ſeq. Inſt. de act.* Nuſquam autem vel cautum eſt, ut bonæfidei hic contractus ſit, vel bonæfidei contractus dicitur: Ergo bonæfidei contractibus hunc accenſere contractum haud tutum fuerit. Fuit quidem ante Zenonianam conſtitutionem juriſgentium hic contractus, & eſt hodiè etiam ſimilis locationi & conductioni; Sed non omnis juriſgentium contractus, & qui ſimilis eſt locationi & conductioni, eſt bonæfidei contractus: Nam contractus innominati do ut facias, item facio ut des, & facio ut facias, ſunt juriſgentium contractibus ſimiles, vel locationi & conductioni, vel mandato, *l. 5. §. 2. & 4. in fin. ff. de præſcr. verb.* Sed hos inde bonæfidei eſſe contractus non rectè dixeris, *arg. d. §. actionum autem. Inſt. de action.* Conanus tamen, *lib. 7. Comment. c. 12. num. 1.* & Donell. *ad d. §. actionum autem. nu. 34. Inſt. de action.* Arumæus *Exercit. Inſtin. 14. th. 13.* Treutler. *vol. 1. diſp. 29. th. 9 lit.* C. etiam hunc Emphyteuticum contractum bonæfidei contractibus adſcribunt, quorum opinioni etiam ſuffragari videtur; quod pacta huic contractui in continenti adjecta inſunt ipſi contractui *d. l. 1. C. de jur. Emphyteut. & §. adeò autem. 3. verſ. & ſiquidem aliquid pactum fuerit. Inſt. de locat. & conduct.* quod proprium eſt pactorum bonæfidei contractibus in continenti adjectorum *l. in bonæfidei. 13. C. d. pact. & l. juriſgentium. 7. §. quin imò. ff. de pact.* Borcholt. *de pact. c. ult. num 46.* & Forſter. *de pact. c. 8. membr. 2.* Gothofred. Anton. *diſp. feudal. 4. th. 2. lit. E.* Gœddæ. *de contr. ſtipulat. c. 8. concl. 2. n. 53.* Valaſcus *de jure Emphyteut.*

Dubium ſimiliter eſt, contractus hic nominatus ſit, vel innomi- 18
natus; Plerique putant nominatum eſſe contractum, & proprio nomine Emphyteuſin appellari; (*a*) Sunt item qui innominatum hunc dicunt contractum, cum præſcriptis verbis actionem inde naſci exiſtimant; (*b*) Sed horum opinio inde falſa arguitur, quod innominatus

contractus, vel ex re tradita, vel ex facto initium capit; (c) cùm tamen Emphyteuticus contractus ad sui constitutionem rei traditionem, aut factum non desideret: quippe cùm olim vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione habebatur: (d) qui contractus rei traditionem aut factum ad sui perfectionem non exigunt. (e) Illorum ergo sententia qui nominatum hunc dicunt contractum probabilior videtur. Et emphyteuseos nomen non modò pro ipso jure Emphyteutico, quod Emphyteuta in prædio Emphyteutico habet, (f) sed & pro ipso contractu accipiendum est, quamvis nullo id certo probari textu possit, (g) aut certè nominatus ideò est contractus, quia proprio nomine Emphyteuticus appellatur contractus. (h)

a) Bart. *in l. jurisgentium. 7. §. quin imò. num. 19. ff. de pact. & in l. un. num. 8. ff. de condict. ex leg.* Angel. *num. 1.* & Iason. *num. 68. & seq. in l. 1. C. de jur. emphyteut.* Iul. Clar. *in §. emphyteus. quæst. 2.* Ioh. Coras. *lib. 1. Miscell. c. 21. num. 4.* ubi scribit, Zenonem Imperatorem concessisse huic contractui elegans & proprium nomen contractus & Græco vocabulo Emphyteusin vocasse. Sed erroneum est, quod ipse, ut & alii plerique existimant, Emphyteuseos nomen à Zenone inventum fuisse, uti arguit. *l. 3. §. si jus ἐμφυτεύσεως, ff. de rebus eorum, qui sub tutel. &c.* (b) gloss. *in l. 1. in verbo custodiri,* & ibidem etiam Petr. de bella Pertic. *C. de jure Emphyteut.* Sed hos notant ibidem Bald. *num. 16.* & Ias. *num. 68.* & Coras. *num. 10.* (c) *l. 1. §. item emptio. ff. de rerum permutat. & l. 5. in princ. vers. aut enim do tibi. ff. de præscr. verb.* (d) *§. adeò autem. 3. Instit. de locat. & conduct.* (e) *§. 1. vers. at nec dari quicquam. Inst. de obl. ex consens.* atque hoc argumento idem sentit Donell. *lib. 13. Comment. c. 22. pag. 214. lin. 43. & seqq.* (f) Ita Emphyteuseos nomen accipitur, quando res in Emphyteusin dari dicitur *in c. 2. de rebus Ecclesiæ non alien. in 6. Auth. si quas ruinas. C. de SS. EE.* Item quando accipere Emphyteusin dicuntur, *Novell. 7. in princ. §. 1.* & susci pere Emphyteusin. *l. 2. in princ. C. de jur. Emphyteut.* & metiri Emphyteusin, & Emphyteusin ad successorem transmittere, *d. Novell. 7. c. 7. §. si verò.* (g) probari id putatur textu. *l. ultim. ibi, nec Emphyteuseos contractum. C. de rebus alien. non alienand. & §. adeò autem 3. vers. sed talis contractus, ibi, Emphyteuseos contractus propriam statuit naturam. Inst. de locat. & conduct.* Atqui hisce locis nomen Emphyteuseos de ipso jure Emphyteutico interpretari nihil vetat. Verùm quia pignus non modò significat jus, quod in re pignori obligata habemus, sed & quandoque contractum ipsum, quo tale jus constituitur, ut in *l. 1. in fin. ff. de pact.* fortè dici posset idem de Emphyteuseos nomine. (h) *in l. 2. in princ. & l. 3. ibi, in Emphyteuticis contractib. C. de jur. emphyteut. & in c. nulli, §. 1. ibi emphyteuticum contractum extr. de reb. Eccles. non alien.*

alien. quia igitur hoc proprio nomine appellatur hic contractus, quod cum aliis contractibus commune non est: fortè hinc nominatus dici contractus posset, *arg. l. 1. in fin. & l. 7. §. 1. ff. de pactu.* vide *Commentar. meum ad d. § adeò 3. Inst. de locat. num. 72. & seq.* Valascum *de jur. Emphyteut. quæst. 6. num. 5.* Arumæum. *Exercit. Iustin. 14. th. 13. lit. B.*

Porrò in contractu Emphyteutico spectatur tum ejus substantialis forma; tum pactum quod adjicitur huic contractui; tum denique actio, quæ ex hoc contractu nascitur. 19

Substantialis forma hujus contractus in duobus conjunctim consistit; quorum unum est conventio de dando prædio fruendo, & præstanda certa annui pensione; (a) alterum verò scripturæ interventus. Prædii verò traditionem, (c) aut certæ pecuniæ sive pretii præsentem dationem, (d) ad substantiam hujus contractus pertinere negamus. 20

a] *Dict. §. adeò autem, 3. Inst. de locat. & conduction.* (b) *per fundamenta thesi 3. sub lit. A. & thes. 15. lit. B.* vide omnino Valascum *de Iur. Emphyt. quæst. 7. num. 2. & 3.* qui refert quasdam qui tradunt, de consuetudine scripturam non requiri, Communem tamen opinionem scripturam exigere tradit, quod ita intelligit, ut exigatur Scriptura solum de necessitate probationis non pro substantia actus. Et sufficit si constet de scriptura per legis præsumptionem. Valascus *d. quæst. 7. num. 33.* Videndi insuper Berlich. *part. 2. conclus. pract. 47. num. 17.* Bronchorst. *cent. 1. Wællo Φ. assert. 78.* (c) antiquitus enim hic contractus putabatur esse vel emptio & venditio, vel locatio & conductio, *d. §. adeò autem. Inst. de locat. & conduct.* sed hi contractus rei traditionem non desiderant, *d. §. 1. vers. at nec dari quicquam. Inst. de obl. ex consen.* (d) Tum quia nusquam, ubi de hoc contractu agitur, veluti *in t. C. de jur. emph. §. adeò autem. Inst. de locat. & conduct.* ad substantiam hujus contractus requiritur, ut ab initio pretium aliquod detur, tum quia antiquitus plerisque hic contractus erat locatio conductio, ut arguit *l. 1. & l. ult. ff si ager vectigal.* Sed in locationis & conductionis substantiam pretium non desiderari certum est, *d. §. 1. vers. at nec dari quicquam. Inst. de obl. ex consens.* atque hæc recentior est sententia, eaque probatur etiam Baldo, Cyno, Iasoni, Sichardo, & aliis *in l. 1. C. de jur. Emph.* & Iul. Claro *in §. Emphyteusis. qu 3.* ubi refert etiam, quid dissentiant. Vide etiam Speculat. *lib. 4. t. de Emphyteusi. num. 5.*

Est & specialis forma contractus Emphyteutici, si res Ecclesiæ vel alterius venerabilis domus in Emphyteusin detur; nam præter scripturam & quidem publicum instrumentum, hic etiam desideratur, ut Prælatus Ecclesiæ, ex consensu Capituli, deliberatione diligenti prius cum 21

eo

eo habita, & jurantibus coram Oeconomis & administratoribus, quod ex ea Emphyteusi nullum damnum ipsi venerabili domui inferatur, prædium aliquod in Emphyteusin concedat, & ipsum etiam Capitulum instrumento Emphyteuticario subscribat; (a) quin etiam ipsi Canones Apostolicæ sedis licentiam hic exigunt. (b)

a) *Novell. 7. in princ. §. 1. vers. ult. & c. 3. §. scire autem vers. non enim in illis, & Nov. 120. c. 5. & 6. §. licentiam igitur. & §. in venerabilibus verò. c. 1. vers. quia etiam tractatus solemnis & diligens c. hoc consultissimo. 2. in princ. ibi, absq; capituli consensu, t. de reb. Ecclesiæ non alienand. in 6. c. sine exceptione, 51. ibi, cùm totius Cleri tractatu atque consensu. Item ibi, omnium convenientia & subscriptione. 12. quæst. 2. c. 1. c. tua nuper, extra de reb. Ecclesiæ alien. vel non.* Covar. *lib. 2. var. resol. c. 17. num. 2.* Roland. à Valle. *consil 15. num. 10. & cons. 35. num. 12. vol. 1.* Wesenbec. *cons. 52.* ad modicum tamen tempus hæc concessio absque hac solemnitate valere putatur, *c. 1. in fin. t. 4. lib. 3. Clement.* Iul. Clarus *§. Emphyteus. quæst. 16. n. 1.* (b) *d. c. 2. in pr. t. de reb. Ecclesiæ non alienand. in 6.*

22 Atque hæc specialis solemnitas requiritur, etiamsi fundus sterilis, vel saxosus, vel pestilens in emphyteusin detur, (a) nisi parvus & angustus sit locus; (b) vel ultra hominum memoriam fuerit incultus. (c)

a) *l. Si fundus. 13. in pr. ff. de rebus eor. qui in tutel. vel cura. &c. c. ut super. §. ultim. extr. de rebus Ecclesiæ alien. vel non.* (b) *c. terrulas. 12. quæst. 12. l. 1. §. fin. ff. de ventr. inspiciend. l. 1. §. proinde. ff. de ædilit. edict. l. scio illud. 4. ff. de Restit. in Integr.* Andr. Gail. *lib. 1. observ. pract. obs. 151. num. 13.* Ludolphus Schrad. *tract. feud. part. 4. c. 2. num. 15.* (c) *c. ad aures.* ubi Canonistæ. *extr. de rebus Ecclesiæ alien. c. 2. ibi, cùm conditionem Ecclesiæ meliorem potest facere, deteriorem non debet, extr. de donat.* Matth. de Afflictis. *d. t. 1. num. 2. lib. 1. F.*

23 Et quamvis constitutio Emphyteuseos Ecclesiæ, aut alii venerabili domui utilis sit, attamen sine isthac solemnitate nulla est, (a) quòd si tamen ob defectum consensus Pontificis aut Capituli irrita dicatur, ratihabitione Papæ aut capituli valida efficitur. (b)

a) *Per l obligari. 9. §. hereditatem adire. ff. de author. & consens. tutor. & curat. & §. neque tamen hereditatem. Inst. d. t.* Facit quoque huc, quòd præter utilitatem Ecclesia debita solennitas in hac alienatione desideratur, *c. sine exceptione, 12. quæst. 2. c. tua nuper. extra de his, quæ fiunt à prælatis, & c. 1. t. 4. Clement. & Novell. 120. c. 5. & 6. §. licentiam igitur.* Obstare videtur *l. non eò minùs. 14. C. de Procurator. & l. cum hi. 8. §. eam transactionem. ff. de transact. ut & l. 2. ff. de Acceptilat.* item quod contra Ecclesiam observari non debet, quod pro ea introductum est. argum. *l. 3. §. duæ autem vers.* Divus etiam Adrianus, *ff. de Carbon. edict.* (b) *per text.*

Digitized by Google

text. in c. cum nos. 3. extra de iis, quæ fiunt à Prælato. & in c. cura pastoralis. 11. extr. de jur. patronatus.

Sed an Pontifex, aut Capitulum ratam habere possit Emphyteuticam concessionem, etiam invito Emphyteuta, ita ut Emphyteuta nolens habere Emphyteusin cogatur, quæri potest? & verius putamus Emphyteutam non esse cogendum, ut invitus Emphyteusin possideat. 24

Arg. l. si absente. 48. & l. cùm fructuarius. 64. ff. de usufruct. ubi scribitur, quòd usufructuarius invito domino derelinquere possit usumfructum. Facit huc, quod Vasallus etiam invito domino refutare feudum potest. *t 38. lib. 2. F.* Zas. *in epitom feud. part. 16. num. 85. & seq.* Cujac. *ad t. 14. lib. 2. F.* Duaren. *de feud. c. 12. num. 18.* Wesemb. *de feud. c. 9. & 10. num. 3.*

Quod si verò res Ecclesiæ solita sit dari in Emphyteusin, etiam absque singulari illa solemnitate prælatus concedere eam alicui in emphyteusin potest, (a) si ejus conditionem non fecerit deteriorem & duriorem. (b) Vnde si Emphyteusis prius data sit, singulari personæ, civitati, aut collegio, vel potentiori dari non potest; (c) si item solita sit dari usque ad certam generationem, in perpetuum concedi non potest. (d) 25

a) *Per cap. 2. extra. de feud. tit. 6. in fin. princ. & tit. 26. §. in clericorum. lib. 1. Feudor. & tit. 35. in fin. lib. 2. F. c. ut super. extr. de rebus Ecclesiæ alien. vel non.* & faciunt huc, quæ scribit Curt. Iun. *tract. de feud. part. 2. quæst. 1. & 2.* (b) *per cap. 2. ibi conditionem Ecclesiæ meliorem potest facere, deteriorem non debet. extr. de donation. tit. de Investit. veter. & nov. benefic. §. à prælatis. ibi, dum tamen dissipator videri non possit. in extraord. cc.* (c) *per tit. 34. de leg. corradi. §. similiter, ibi si secunda persona sit talis, &c. lib. 2. F.* Curtius Iun. *d. part. 2. quæst. 9. num. 1.* Cum enim civitas aut collegium nunquam mori intelligatur, spes nulla est, fore ut Emphyteusis aliquando ad Ecclesiam redeat, *l. an ususfructus. 56. ff. de usufr. l. si ususfructus. 3. ff. de usu, & usufr. legat.* & difficilius est litem intendere potentiori quam inferioris sortis homini plebejo, *l. 1. §. fin. & l. 2. ff. de alienat. judic. mutuand. causa fact. & t. t. C. ne liceat potentioribus patrocin. litigantibus præstare* (d) *per d. t. 34. de lege corradi. § similiter. in princ. vers. profectò ille. ibi non debet alia lege dari, nisi quâ, lib. 2. Feud.* Curtius Iunior. *tract de feud. part. 2. quæst. 6 num. 1.*

Si tamen expediat Ecclesiæ, ut res Ecclesiastica in Emphyteusin dari solita, & jam reversa ad Ecclesiam potius retineatur, prælatus in usum Ecclesiæ eam reservabit, nec dabit amplius in emphyteusin; (a) veluti si res sterilis in Emphyteusin esset concessa, ut cultior redderetur, eaque finita Emphyteusi ad Ecclesiam cultior sit reversa; (b) aut si tem- 26

pore prioris concessionis emphyteuticæ Ecclesia locuples fuerit, postea verò ad paupertatem sit redacta. (c)

a) *Per d cap 2 ibi, si videris expedire, extr. de feud.* (b) Duarenus. *in Comment in consuet. feud. cap. 5. num. 5.* (c) Iacob. de Belvis. *ad tit. 1. lib. 1. Feudor. pag. 6. fac 2.* Curtius Iunior. *tractat. de feud. part. 2. quæst. 1. num. 12. & 13.* Ialon. *ad dict. tit. 1. num. 13. vers quartò fallit. libr. 1. F.* Zasius *in Epit feud part 5. num. 59.*

27 Potest autem prælatus rem Emphyteuticam ad Ecclesiam reversam denuò in Emphyteusin concedere, non tantum extraneo, sed & alicui ex cognatione sua, si fraus absit.

Hæc enim facultas in feudo concessa est prælato, *tit. d investitur. veter. & nov. benefic. vers. ult. in extraord cap.* Bald. *ad tit. 1. num. 9. lib. 1. F.* Curtius Iun. *in tract feud. part. 2. quæst. 7.* Duaren. *in Commentar. in consuet. feud. cap. 6. num. 5.* & Mynsinger. *cent. 5. observat. 47.* Ergo & quidem multò magis in Emphyteusi hæc illi tribui debet, ut post alios disertè tradidit Nicol. Everhardi. *in Topic. legal. in loco à feudo ad Emphyteusin, num. 20.* & Menoch. *consil. 79. num. 19. lib. 1. & tractat. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 54. num. 4. & seqq.* facit huc quod prælatus præbendam nepoti suo concedere potest, *c. dilecto filio. 25. in princ. extr. de prabend.* Et quod secundum naturam est, ut unusquisque proprium sanguinem extraneæ personæ præferat, *l. cum acutissimi. 30. in fin. C. de Fideicommiss c non æstimemus, vers. diligentius tamen. 12. quæst. 2* Quodque prima liberalitas circa proximos operari debet, *c. non satis. distinct. 86.* & quæ prælatus relinquere valet extraneis, etiam consanguineis suis concedere non prohibetur, *c. relatum. 12. §. licet autem. ibi, sive consanguinei sint, sive alii. extr. de testament.* At obstare huic decisioni nostræ videtur *Novell. 120. cap. 5. §. Oeconomis, 1. & Authent. quibuscunque, C. de Sacrosanct. Eccles.*

28 Cæterum in quæstionem hîc vocatur, si Prælatus rem Ecclesiæ, ad secundam usque generationem in emphyteusin dari solitam, sine prædicta solennitate ad tertiam usque aut quartam generationem denuò concedat, an ob benigniorem & largiorem illam concessionem totum illud negotium sit nullum & inutile, vel potius subsistat quatenus secundum consuetum morem contrahi potuit? Et vires habere, quoad solitam metam, verius & justius putamus.

Per Novell 7. cap 3. vers. ultim. & tit. 34. § similiter. 2. vers. profectò. de lege Corradi. lib. 2. F. l. ut mihi. 21. §. 1. vers. sed ego. ff. de donat. l. sancimus. 34. in princ. & l. seq. §. fin autem. Cod. d. tit. Novell. 162. cap. 1. §. Et illud etiam l. 1. § si stipulanti mihi. ff. de verbor. oblig l sed & si. 12. ff. de constit. pecun. l. pecuniæ. 9. l. placuit. 29. ff de usur. l. 1. § sed Pomponius. & §§. seqq. ff. Quod falso tutor. auctor. gestum esse dic. l. sed si sibi. 11. ff. de stipulat.

ser-

Digitized by Google

ſervor. l. donationes quas parentes. 25. C. de donation. int. vir. & ux. l. proprium. 5 Cod communia prædior. atque hanc ſententiam amplectitur quoque Bald. *in Auth. ſi quas ruinas, num. 2. C. de SS. EE.* & Alexander. *conſil. 38. verſ. non obſtat. & verſ. ſeq vol. 2.* & poſt alios etiam, quos allegat. Iul. Clar. *in §. Emphyteuſis. quæſt. 6. num. 2.* & Andr. Tiraquell. *de retract. convent. ad finem. titul §. 36. gloſſ. 2 num. 146. pag. 612.* Gail *lib. 2. obſerv. 4. num. 14.* Curt. Iunior *de feud. part. 1. quæſt. 6. num. 11.* & Molin. *in conſuetud.* Pariſ. *tit. 1. §. 41. num. 43. & tribus ſeqq. pag. 548.* ubi dicit hanc eſſe crebriorem & veram opinionem, addita hac ratione, quod tot cenſentur eſſe conceſſiones, quot ſunt generationes. Pro contraria opinione quæ Bart *in auth. qui rem. num. 7 C. de Sacroſanct. Eccleſ.* Covarruv. *lib. 2. var. reſolut. cap. 16. num 5. verſic tandem.* & aliis quibuſdam placet; facere putatur *tit 4. § ſi quis autem, ibi, nullius omnino ſunt roboris vel momenti. lib. 3. extravagant. capit. Item Novell. 7. cap. 3. in fin. principii, ibi, neque quod ſit habere aliquod penitus robur ſinimus, & cap. 7. ſi verò perpetuam: tum etiam c. 1. verſ ſi quis autem, ibi, nec ex conceſſione ipſius, recipienti jus aliquod adquiratur.*

Ad formam ſeu finem contractus emphyteutici pletique & illud 29
exigere videntur, ut in recognitionem dominii ut vocant directi, canonis promiſſio & præſtatio fiat; verum ad ſubſtantiam aut finem hujus contractus id deſiderari nullo juſto argumento probari exiſtimamus.

Hæc forma contractus ſive finis ſolutionis Canonis non proponitur *in §. adeò autem. 3. Inſtit. de locat. & conduct. Neque in tit. ff. ſi ager vectigal.* neque *in l. 1. C. de jur. Emph.* Quibus tamen locis accuratè explicantur ea, quæ ad hunc contractum pertinent.

Diſpiciemus nunc de pacto, quod contractui Emphyteutico adji- 30
citur.

Id autem omne, modò per ſe licitum ſit. Zenoniana conſtitutione firma illibataque perpetua ſtabilitate modis omnibus cuſtodiri jubetur. *l. 1. C. de jur. Emphyteut. & §. adeò autem 3. verſ. & ſiquidem. Inſt. de locat. & conduct.* Conan. *lib. 7. Comment. cap. 12. num. 6.*

Eſt autem illicitum illud pactum, quo agitur, ne jus fruendi ſolo 31
Emphyteutico ad emphyteutam pertineat; (*a*) ut & illud, quo cavetur, ne domino annua penſio, ſive Canon præſtetur. (*b*)

a) *Per l cum manu ſata. 80. §. ult. ff. de contrab. empt. & vendit. juncto §. adeò autem. Inſt. de locat & conduct.* ubi Emphyteuticus contractus aſſimilatur emptioni & venditioni. (b) *l. 1. in princ. ibi, id eſt, hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur. ff. ſi ag. vectigal.* Coraſ. *ad l. 2. num. 4. verſ. unde nec in ſpecie. C. de jur. emphyteut. vide infr. theſ. 91. in fin.*

32 Sed an Canon ex placito partium uno definiri possit nummo, quæstionis est? Et negativa ut verior nobis placet.

Per text. l. si quis ante. 10 § fin. ff. de adquirend. vel amitt. possess. & l. si quis conduxerit. 46. ff. Locati ubi dicitur, quod conductio nulla sit, quæ est in uno nummo: sed ut ante Zenonianam constitutionem Emphyteuticus contractus plerisque Iurisconsultis veteribus fuit Locatio conductio, *l. 1. & l. ult. ff. si ager. vectigal.* Ita hodie hic contractus adhuc planè similis est locationi conductioni, § *adeò autem, 3. Inst. de locat. & conduct.* Quocirca in uno nummo nec Emphyteuticus contractus consistit. At dissentit Bald. *ad rubric de jur. Emph. n. 9.* quem sequi videtur Iason. *ad l. 1. num. 4. C. d. tit.* Conan. *Item lib. 7. Comment. cap. 12. num. 6. vers. similiter conductiones. pag. 776. lin. 4. & seq.* in uno nummo Emphyteuticum contractum factum valere putat. In modica autem pecuniæ, frumenti, vini, aut olei quantitate Canonem consistere posse, præsertim si prædium sterile, incultum & desertum in Emphyteusin detur, nihil dubitamus, cum Emphyteuta multis damnis, periculis, sumptibus, & laboribus obligetur. Vide Valascum *de jur. Emphyteut. quæst. 1. num. 11. & quæst. 11. numer. 19.* Mynsing. *respons 66. num. 6. & resp. 78. num. 11.*

33 Etsi verò Canon Emphyteuticus consistere debeat non incorpore, sive specie, sed in quantitate, [*a*] quæ confestim certa constitui debet; [*b*] pactione tamen effici potest, [*c*] ut præter ipsam quantitatem, puta pecuniam, frumentum, aut vinum, etiam species dentur, veluti gallinæ, anseres, anates, capri, &c.

a] Nam pensio locationis conductionis in quantitate tantum constitui potest, puta nummis, frumento, vino, oleo, *l. si olei. 21. l. licet. 8 ibi, certis annuis quantitatibus. C. de locat. & l. hæc distinctio 35. in fin. l. sed addes. 19. § si dominus. l. si merces. 25. §. vis major. ff. locati. l. si pascendâ. 8. C. de pact. l. 1. §. si quis servum ff. depositi.* idem ergò de Canone Emphyteutico sentiendum est: quippe cum Emphyteuticus contractus plærisque Iurisconsultis veteribus, locatio & conductio erat, & hodiè etiam huic planè similis sit: Et Canonem in quantitate definiendum esse, arguit etiam *l. 2. vers. fin autem, ibi, neque pecunias solverit. C. de jur. Emphyt.* ubi pecuniarum nomine significantur, non tantum nummi, sed & aliæ quantitates, argumento textuum prius allegatorum. [*b*] *per § qua de causa, ibi, nulla statim mercede constituta. Instit. de locat. & conduct. l. si tibi. 22. ibi neque protinus aut data, aut constituta sit merces ff. de præscr. verb.* Donell. quoque in sua emphyteutici contractus definitione, *lib. 8. Comment c. 13. & lib. 13. c. 22.* proposita, requirit, ut certa confestim constituatur pensio. Vnde Emphyteuticus contractus ita perfici nequit, si inter partes conveniat, ut Canonis sive pensionis nomine tantum Emphy-

Digitized by Google

phyteutá præſtet, quantum ei placuerit; per text. *l. hac venditio. 7. in pr. ff. de contrab. empt & vend.* vel quantum juſtum fuerit: Deficientibus enim ſubſtantialibus, actus omnino corruit, *per l. Iulianus. 9. §. ſed ſi quis, verſ. ult. ff. ad exhibend.* Dec. *in l. ut liberis. 17. num. 18. C. de Collation.* & Felin. *in c. ex literis, num. 13. verſ. ſed adhuc, extra de fid. inſtrum.* Quod ſi tamen ejuſmodi aliquod prædium Emphyteuticum, in loco contractus, certam penſionem ex moribus habeat, rata æſtimatur ea conventio, per ea, quæ ſcribit Gometz. *Tom. 2. var. reſol. c. 3. num. 4.* Cui tamen contradicere videtur, Arius Pinel. *ad rubr. C. de reſcind. vend. part. 2. c 3. num 3. 4. & 5.* [c] quicquid enim in contractu Emphyteutico pactum fuerit, hoc ita obtinet, ac ſi naturalis eſſet contractus, *l. 1. Cod. de jur. Emphyteut. & §. adeò autem 3. verſ. & ſiquidem. Inſtit. de locat. & conductione.*

Cæterum in diſceptationem vocatur, ratum ne ſit pactum, quo agi- 34
tur in conſtitutione Eccleſiaſticæ emphyteuſeos, ut ea etiam ad extraneos pertineat heredes? Et ratum id eſſe arbitramur, ſi adhibita ſolemnitate debita Emphyteuſis ita detur.

Eſt hæc quæſtio ardua, & multum controverſa, ut teſtantur ea, quę longo ſtylo congeſſit, Fr. Turzanus, *in communibus opinionibus, c. 188.* Sed hoc pactum ratum eſſe arguit textus, *in Novell. 120. c. 6. §. licentiam, & Novell. 55. c. 2.* ubi permittitur Eccleſiæ, ut in Emphyteuſin etiam perpetuam fundos ſuos concedat. Item textus *in c. 1. & 2. t. 4. lib. 3. clementinar.* ubi cautum eſt, licere Eccleſiæ, alienare prædia ſua, juſta ſolemnitate adhibitâ: Ergò & in emphyteuſin perpetuam ita fundos ſuos dare poterit; cum hic proprietatem rei retineat. Huc quoque facit, quod Eccleſia jure hæreditario fundos ſuos in Emphyteuſin concedere alicui poſſe traditur. *in c. ad aures. extr. de reb. Eccleſiæ alienand. vel non.* Atque hæc deciſio placet quoque Didac. Covarr. *lib. 2. var. reſol. c. 17. num. 5.* & Iul. Clar. *in §. Emphyteuſis, quæſt. 28. num. 9.* & Ioh. Borcholt. *in Comment. de feud. c. 3. num. 17.* Sed obſtare videtur, *Nov. 7. c. 3. in pr.* Verum locus iſte vel correctus cenſeri debet: *per d. nov. 120. c. 6.* vel intelligendus eſt de Emphyteuſi Eccleſiaſtica, quæ abſque Canonica & debita ſolennitate conſtituitur, quo caſu non tranſit ad hæredes extraneos. Didac. Covarruv. *d. c. 17. num. 5.* vide Treutl. *vol. 1. diſp. 29. theſ. 10. lit. A.* ubi Bachov. *in not. pag. 1128.* & Humm. *q. 36.*

Pactum autem interpoſitum intelligitur, ut emphyteuſis Eccleſia- 35
ſtica etiam ad extraneos heredes tranſeat, ſi data ſit Titio, & quibuſcunq; heredibus ipſius.

Covarr. Clar. & Borcholt. *dictis locis.* Heredis enim nomen complectitur etiam extraneos heredes. *Inſt. 1. de hered. qualit. & different. in*

princ. & §. in extraneis. 4. Et dictio quicunque, quibuscunque, quoscunque, generalis est & omnes comprehendit, *c. solita. 4. in fin. ibi. nihil excipiens, qui dixit quodcunque. extr. de major. & obedient. c. 1. ibi, personis quibuscunque. Vbi gloss. t. 1. lib. 2 Clementinar. & c. super quæstionum. §. nos autem statuimus, ibi, vel judex quicunque, & ibi gl. extr. de offic. & potest. Judic. delegat.* Alciat. *de præsumpt. reg. 2. præsumpt. qu. 10. n. 35.* Menoch. *lib. 3. præsumpt. 109 n. 7. & seqq.*

36 Similiter pactum illud adjectum censetur, si in constitutione Ecclesiasticæ emphyteuseos dictum sit, ut emphyteuta & ejus heredes eam emphyteusin habeant.

Primò enim heredis nomen generale est, & continet etiam extraneos heredes, ut jam *ad præcedentem thesin* ostendi. Deinde generaliter cum quis paciscitur, quibuscunque suis heredibus paciscitur intelligitur, etiamsi eorum mentionem nullam faciat, *l. jurisgentium. 7. §. pactorum, & l. tale pactum, 40. in pr. ff. de pact. l. sicut te. 8. §. si debitori. ff. Quib. mod. pig. vel hypoth. solvitur. & l. veteris. 13. C. de contr. & committend. stipul.* ut dubitandum non sit, quin & heredibus extraneis cavere voluerit, qui paciscendo expressè heredum meminerit, *l. si pactum, 9. ff. de probation.* Adhæc Emphyteusis perpetua licet in re Ecclesiastica sine solemnitate fieri haud possit, *c. nulli liceat. §. alienationis, ibi, & in Emphyteuticum perpetuum contractum. extr. de reb. Eccles. alienand. vel non:* rectè tamen in ea constitui potest, si fiat constitutio adhibita juris solemnitate, *c. ea enim. §. perpetua quoque 10. quæstio. 2. & c. 1. c. 2. t. 4. lib. 3. Clementinar.* Vnde si juris solemnitate adhibita Emphyteusis data sit alicui & ejus heredibus, cum heredis nomen generale complectatur etiam extraneos heredes, & ita Emphyteusis constituta sit perpetua, mortuo ipso Emphyteuta sine heredibus descendentibus ad extraneos ejus heredes, pertinere debet ea Emphyteusis. Denique si laica, sive ut vocant, civilis Emphyteusis data sit alicui, & ejus heredibus, dubium non est, quin ea emphyteusis sit perpetua, & ad heredes etiam extraneos transeat: Ergò si in fundo Ecclesiastico alicui & ejus heredibus concessa sit Emphyteusis, est perpetua, & ad hæredes etiam extraneos pertinet, siquidem & hodie in re Ecclesiastica constitui emphyteusis perpetua possit observata Iuris solemnitate *d. Nov. 55. c. 2. & d. Nov. 120. c. 6. §. licentiam*, & hoc Iuris solemnitas operetur in constitutione Emphyteusis Ecclesiasticæ, quod privata & nuda concessio Emphyteusis laicæ. De hac quæstione vide etiam Didacum Covarr. *lib. 2 var. resol c. 17 n. 5.* & Iul. Clar. *in §. Emphyteusis, qu. 28. n. 6.* Item Hotoman. *cons. 33.*

37 Quod convenerit inter dominum & Emphyteutam in constitutione Emphyteuseos, ut & ipse Emphyteuta primus adquirens, & ejus justi

sive

sive legitimi heredes Emphyteusin eam habeant, tum jus Emphyteuticum illud pertinet tantum ad heredes Emphyteutæ intestati, non etiam ad ejus testamentarios heredes.

Per text. in l. 3. §. de illo ubi Cujac. *ff. Profocio. & quæ respondit* Alexander. *consil. 56. num. 3. vol. 2.* & Iohan. Gœddæ. *in l. lege obvenire 130. in fin. ff. de Verb, Sig.* Alciat. *tamen lib. 4. Paradox. c. 7.* & eum secutus Petr. Costal. *in d. l. 3. §. de illo. ff. Pro socio.* contra Alex. contendunt Emphyteusin ita constitutam spectare quoque ad heredes, quibus Emphyteutæ hæreditas ex testamento delata est, *per d. l. lege obvenire, 130. ff. de Verb. Significat.*

Si item hac pactione concessa alicui sit Emphyteusis, ut is, & ejus fi- 38
lii heredes eam habeant, ita demum ad filios Emphyteutæ hæc pertinet Emphyteusis, si patri Emphyteutæ hæredes extiterint.

Did. Covarr. *d. lib. 2. var. resolut. c. 18. n. 3.* Rol. à Valle. *consil. 89. n. 29. vol. 1.* quos sequitur Ioh. Borch. *in Comment. in consuetud. feud c. 3. num. 17.*

Restat quæ actio ex contractu Emphyteutico & pactis illi adjectis 39
nascatur. Qui præscriptis verbis actionem ex hoc contractu dari contendunt, planè errant. [*a*] Qui condictionem ex lege hic competere putant, æquè labuntur. [*b*] Nos inde Emphyteuticariam actionem concedi arbitramur. [*c*]

a] Hæc enim actio ex contractibus tantum innominatis descendit, *l. 1. 2 & 3. ff. de præscr. verb.* Innominatus autem contractus ex rei traditione vel facto initium capit & perficitur, *l. 1. §. item emptio, ff. de Rer. permut. & l. naturalis 5. in pr. & §§. seqq. ff. d. t.* Cum tamen Emphyteuticus ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque factum desideret, id quod vel ex eo cognoscimus, quod olim vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione habebatur, *§. adeò autem 3. Inst. de locat. & conduct. & l. 1. l. ult. ff. si ag. vectig.* qui contractus solo consensu perficiuntur. *Inst. 1. de obligat. ex consensu. in pr.* [*b*] communis quidem & recepta est hæc sententia, condictionem ex lege dari ex hoc contractu, cui & ipse aliquando subscripsi: atqui à Iuris veritate hanc esse planè alienam tandem animadverti; Condictioni ex lege toties est locus, quoties nova aliqua lege obligatio introducta est, nec tamen cautum eadem lege, quo genere actionis exprimamur, *l. un. ff. de condict. ex lege:* sed obligatio hujus contractus non est introducta Imperat. Zenonis nova lege; Nam & ante ejus constitutionem hic contractus sua natura efficax fuit ad producendam obligationem, ut patet *ex d. §. adeò autem. 3. Inst. de locat. & conduct. & d. l. 1. & 1. 1. ff. Si ag. vectigal.* Zeno Imperator certa tantum formâ & natura quadam nova ornavit

hunc

hunc contractum, atque ita duntaxat eum distinxit à locatione conductione, Item emptione venditione, *l. 1. C. & Iur. Emph. & d. §. adeò autem vers. sed talis contractus, Inst. de locat. conduct.* Treuti. *vol. 1. disp. 29. thes. ult lit. g.* Valascus *de jur. Emphyt. quæst. 6. num. 8.* [c] Quia hic contractus sua propria natura absque ulla nova lege obligationem & actionem producit, nulla alia actio inde oriri potest, quam Emphyteuticaria actio; Actiones enim, quæ ex nominatorum contractuum vi naturali & propria proveniunt, etiam appellationem ab ipsorum contractuum nomine sortiuntur; Sic ex pignore, contractu illo, quæ nascitur actio, dicitur pignoratitia actio, *§. ult. Inst Quib. mod. re contrahitur obligatio, & tot. tit. ff. & C. de Pignoratit. act.* Sic ex depósito sequestrario, quæ oritur actio, appellatur depositi sequestraria actio, *l. si in Asia 12. §. cum sequestre, ff. depositi.* Consule Valascum *hic. quæst. 6. num. 9.* & Everhard. Bronchorst. *cent. 1. assert. 43. & meum Commentar. ad dict. §. 3. Inst. de locat. conduct. num. 75.*

40 Atque hac Emphyteuticaria actione tenetur dominus concedens novæ Emphyteutæ, ut ei prædium, in quo Emphyteusis ipso contractu constituta est, fruendum tradat; *(a)* quâ traditione Emphyteuta ipsam Emphyteusin primum plenè adquirit. *(b)*

a) *Dict. §. adeò autem. 3. vers. ut ecce de prædiis. ibi, fruenda traduntur Instit. de locat. & conduct.* venditor rem venditam emptori necessariò tradere tenetur, *l. ex empto 11. §. & inprimis. ff. de action. empt. & vendit. §. alia autem donationes. vers & ad exemplum, Instit de donation.* Locator item prædii locatum prædium conductori fruendum tradere cogitur, *l. si quis domum. 9. in princ. ff. locat. conduct.* sed qui prædium suum alii in Emphyteusin concedit, veteribus Iurisconsultis erat vel venditor, vel locator; hodie etiam omninò similis est venditori & locatori, *d. §. adeò autem. Inst de locat. & conduct.* Quocirca etiam tenetur novæ Emphyteutæ ad tradendum prædium, quod ei fruendum in Emphyteusin promisit. *(b)* Nam & usufructus consensu constitutus primùm adquiritur usufructuario, cùm ei dominus fructuariam rem tradit, veluti cùm ipsum in prædium fruendi causâ inducit, *l. 3. in princ. ff. de usufr.* Quomodo & servitus quævis alia alicui adquiritur. *l. si ego emi. 11. §. 1. ff de Public in rem action. & l. 1. in fin. ff. de servit. præd. rustic.* Donellus *lib. 9. Commentar. cap. 13. pag. 445. lin. 21. & seqq.*

41 Eadem quoque actione ipsi domino Emphyteuta tenetur ad præstandum annuum canonem.

Exemplo scilicet conductoris, qui locatori actione locati tenetur ad præstandam mercedem, *Instit. de locat. & conduct. in princ. vers. nam emptio.* Item exemplo emptoris, qui venditori actione ex vendito ad dan-

Digitized by Google

dandum pretium tenetur, *dict. l. ex empto 11. §. verſ emptor autem, ff. de action. empt. & vendit.*

Expoſito contractu Emphyteutico ſequitur, ut de præſcriptione 42
Emphyteuſeos breviter diſſeramus. Conſtituitur autem & adquiritur Emphyteuſis præſcriptione longi temporis, ſi quis fundum quendam à non domino in Emphyteuſin acceperit.

Exemplo ſcilicet feudi, de cujus præſcriptione eſt textus *in titul. 87. An præſcript. feudum adquiratur, in extraord. capit.* quem locum de hac feudi præſcriptione rectè interpretatur Iacob. de Ardiz. *in epitom. juris feudor. cap. 54.* Huc quoque confert exemplum uſusfructus, qui in hujuſmodi caſu longi temporis præſcriptione adquiritur, *l. ult. in fin. C. de præſcript. long. tempor.* Vide Menoch. *de præſumpt. libr. 3. præſumpt. 108. num. 4.* Franciſc. Balbum *de præſcript. part. 2. princ. 3. part. quæſt. 10. n. 36. & part. 4. 4. part. princ. quæſt. 10.*

Quanto autem temporis ſpacio præſcribi poſſit Emphyteuſis ab eo, 43
qui alicujus fundum ut Emphyteuticum poſſidet, cùm tamen eum in Emphyteuſin non acceperit, præſtando ſcilicet quotannis ipſi domino fundi annuum canonem, Dd. noſtri ſpinoſa hæſitatione variant, quibuſdam annos decem, aliquibus verò & quidem pleriſque triginta annos hîc exigentibus. *(a)* Nos juris authoritatem ad hanc præſcriptionem tempus longum deſiderari judicamus. *(b)*

a) Vide Iohan. Franciſc. Balbum *de præſcript. part 2. partis tertiæ principalis, quæſt. 10. num. 36. pag. 93. & part. 4. quartæ principalis, quæſt. 10. pag. 259.* qui diſtinguit inter præſumptionem quæ fit contra Emphyteutam, & eam quæ fit contra dominum, in priori requirit decem in poſterior triginta Annos. & Paul. Picum à monte Pico, *ad tit. ult. num 2. lib. 1. feudor.* & Menoch. *lib. 3. præſumpt. 108.* (b) Nam uſusfructus, & quælibet alia ſervitus præſcriptione longi temporis adquiritur, ſi patientia domini, quis tanto temporis ſpacio jus uſusfructus, vel alterius ſervitutis quaſi poſſideat. *l. ſi ego emi 11. §. 1. ibi, vel per patientiam ff. de publician. in rem act. l. 1. l. 2. ibi, eo ſciente. Cod. de ſervitut. & aqua, l ſi quis diuturno 10. ff. ſi ſervitus vindic. l. 1. in fin. ibi, & patientia ff. de ſervitutib prædior. ruſticor. l. apparet. 5 §. ſi quis ſervitutem, ff. de itinere actuq; private.* Faciunt huc quæ ſcribit Ferdinand. Vaſq. *libr. 2. controverſiar. illuſtr. cap. 83. numer. 1. & num. 10.* At obſtare videtur, quòd feudum, cui Emphyteuſis ſimilis eſt, triginta annis præſcribitur. *tit. 26. §. ſi quis per triginta, libr. 2. feudor.* Sed reſpondetur: Vaſallus atq; adſcriptitius arctius obligati ſunt, quam Emphyteuta. Item quòd poſſeſſio non longi, ſed longiſſimi temporis 30. ſcilicet annorum facit adſcriptitium colonum, cui Emphyteuta aſſimilatur, *l. agricolarum. 19.* ubi Cujac. Idem. Cujac. *in l. litib. 20 C. de*

Digitized by Google

agric. & cenſit. libr. 11. Refragari item videtur, quod diuturna, id eſt, longi temporis præſtatio obligationem vel actionem non inducit, quæ non fuit ab initio. *l. operis. 31. ff. de operis libertor.* ſed tantum inducit tacitum pactum. *l. 5. C. de uſur.* & præſumtionem obligationis in dubio inducit, *l. cùm de in rem verſo. 6. ff. de uſur.* & obligationem, ſi qua eſt, confirmat & corroborat extinctis exceptionibus Anargyriæ & Macedoniani *l. 4. C. de non numerat. pec. & l. 2. C. ad Senatuſconſultum Maced.* Maſcard. *de probat. vol 1. concluſ. 337. num. 2.* Bachovius *in not. ad* Treutl. *diſput. 29. vol. 1. theſ. 11 lit. B. fol. 1132.*

44 Emphyteuſis præſcriptione adquiſita perpetua ſit, vel temporalis, dijudicandum eſt ex conſuetudine domini, in cujus fundo adquiſita eſt præſcriptione Emphyteuſis, & diſquirendum, an ille in perpetuum, vel ad certam generationem ſolitus ſit dare Emphyteuſin. Quod ſi de ejus conſuetudine non appareat, diſpiciendum eſt, quid uſus & mos loci illius requirat; ſi de neutro conſtet, Emphyteuſis laica perpetua præſumitur.

Hanc concluſionem examinat, & firmat Menoch. *d lib. 3. præſumpt. præſumpt. 109. ubi num. ult.* exceptionem facit in Eccleſiaſtica Emphyteuſi, quam dicit præſumi conceſſam ad tertiam tantùm generationem. Conſule Bald. *dict. part. 2. part. 3. princ. quæſt. 10. pag. 92. num 35. & infr. theſ. 49.*

45 Supereſt tertius conſtituendi Emphyteuſin modus, ultima voluntas. Vltima autem voluntate conſtituere quis alicui Emphyteuſin dicitur, cum teſtamento ſuo, vel codicillis, vel donatione mortis cauſa, cuipiam fundum ſuum, pro certa annua penſione heredi præſtanda fruendum, jure Emphyteutico concedit.

Vt teſtamentum & codicillus ultima ſunt voluntas, *l. ult. C. de codicillis*, ſic & donatio mortis causâ ultimæ voluntatis portio eſt, *l. ultim. C. de donationib. cauſa mortis.* Et quia teſtamento vel codicillis re aliqua cuipiam legata, vel mortis cauſa donata, ejus dominium ad legatarium vel donatarium tranſit. *l. à Titio. 64. ff de furtis l. 1. in fin. & l. ſeq. ff. de public. in rem act.* tranſibit quoque eadem voluntate & jus Emphyteuticum, ad eum, cui legatum, vel mortis cauſa donatum eſt; Minus eſt enim hoc jus quam dominium: nec debet cui quod plus licet, quod minus eſt, non licere. *l. non debet, cui quod. 21. ff. de reg jur.* ſed & uſusfructus & quævis alia ſervitus teſtamento & codicillis conſtitui poteſt. *§. 1. Inſtit. de uſufruct. § ult. verſ. poteſt etiam teſtamento, Inſtit. de ſervitut. ruſtic. & Vrban. prædiorum, l. uſusfructus 6. in princ. ff. de uſufructu. l. via. 5. ff. de ſervitutibus.* Proindeque & donatione mortis cauſa, per textum *l. Marcellus. 15. ff. de mortis cauſa donatione.* Et quia uſusfructus & ſervitus

hiſce

hiſce modis conſtitui poſſunt, cur non & Emphyteuſis? Sentit idem de teſtamento Donellus *lib. 9. Commentar. cap. 13. pag. 444. circa finem.* Sed ſi teſtamento Emphyteuſis conſtitui poteſt, poteſt & codicillis: Etſi utroque illo modo, ergo & donatione cauſa mortis, *d. l. Marcellus. 15. ff. de mortis cauſa donatione.*

Etſi autem ultimâ etiam voluntate Emphyteuſis conſtitui poſſit, 45
non tamen illi, cui eſt conſtituta, ea adquiritur, niſi ipſam habere ſibi
velit. *(a)* Quod ſi eam deſideret, petere ipſam ab herede conſtituentis
poteſt, competentibus actionibus vel in perſonam, puta ex teſtamento,
vel in rem. *(b)*

a) *Per textum in l. qui in aliena 6. ff. de adquir. vel omitt. heredit.* Donell. *dict. lib. 9. Commentar. cap. 13. pag. 445. in princ.* (b) Si teſtamento vel codicillis relicta ſit Emphyteuſis, uſitatis actionibus fundus Emphyteuticus peti poteſt, de quibus, *in §. 2. verſic. noſtra autem conſtitutio. Inſtit. de legat.* Si donatione mortis cauſa, quia & hac dominium vel quaſi adquiritur, *l. 2. ff. de public. in rem actio.* peti poteſt ea vindicatione, quâ emphyteuticum prædium à poſſeſſore, aliâs petere poſſumus: de qua poſtea.

Adhuc de conſtitutione juris Emphyteutici; hinc de ipſo jure con- 46
ſtituto, ut quid contineat, & quæ ejus ſit natura, putà quod commodum ex eo Emphyteuta habeat, quod item onus viciſſim pro eo præſtet.

Commodum illud conſtat tum poteſtate habendæ & poſſidendæ 47
rei Emphyteuticæ: tum jure utendi fruendi re eadem: tum facultate competentibus actionibus tuendi ipſam rem adverſus alios: tum denique jure alienandi Emphyteuſin ejuſque melioratione.

Etſi Emphyteuta prædii Emphyteutici dominus non ſit, *(a)* ta- 48
men quaſi dominus, & in jure noſtro ſimpliciter fundi Empthyeutici dominus dicitur, *(b)* unde ei hic fundus ne quidem ab ipſo domino auferri poteſt, quamdiu debitum canonem ſolvit, *(c)* nec ſubemphyteuticare prohibetur. *(d)*

a) *l. 1. § 1. Ibi, quamvis non efficiantur domini, ff. ſi ager, vectigal.* (b) *l. poſſeſſores. 12 in fin. C. de fundis patrimonialibus, lib. 11.* (c) *d. l. 1. in princ. ff. ſi ager, vectigal. & §. adeò autem. 3. Inſtit. de locat. & conduct.*
(d) Vide Valaſc. *de jur. Emph. quæſt. 13. num. 10.*

Competit quoque Emphyteutæ Ius utendi fruendi prædio Emphy- 49
teutico, & quidem in perpetuum; *(a)* niſi ad certum tempus vel generationem certam Emphyteuſis conſtituta ſit, *(b)* atque hoc Ius tranſit etiam ad Emphyteutæ heredes quoſcunque, niſi in prædio Eccleſiæ vel alterius venerabilis domus ſit conſtituta; tunc enim ad ſolos deſcen-

dentes, & quidem omnes transfertur, (c) non etiam ad extraneos heredes, niſi id in ipſa conſtitutione actum ſit. (d)

a] *Dict. l. 1. in pr.* ubi Bald. & Ang. *ff. ſi ager vectigal. & d. §. Adeò autem. 3. Inſt de locat. & conduct.* Iaſon. *in l. 1. num. 38. C. de jure emphyt.* Socin. Senior. *conſil. 50. num. 16. lib. 4.* Menoch. *lib. 3 præſumpt. 109. n. 12.* Donell. *lib. 9. Comment. jur. civ. c. 13. pag. 446. verſ. finis conſtituendi, & pag ſeq lin. 5. & 6.* [b] *l. ult. ſi ager vectigal.* Etſi autem Emphyteuſis mortuo parente ad ejus liberos tranſeat, attamen laudemium illi præſtare domino non tenentur, Piſtor. *lib. 1. quæſt. 50. num. 59.* Iaſon. *in l. ult. num. 41. poſt princ. Cod. de jur Emphyteu.* Alexand. *conſil. 5. num. 3. libr. 5.* Cravett. *conſ. 215. num. 9.* Tyraq. *ad L. ſi unquam. C. de revocand. donat. num. 19. ſub fin. verſ. quibus & finitum eſt.* Diſſentit Valaſc. *qu. 1. num. 13. qui de tempore juris hanc conceſſionem intelligit.* Quod ſi Emphyteuſis conceſſa ſit ad tempus ſimpliciter, ad decennium data intelligitur, ut arg. quorundam textuum, & authoritate Bart. & Bald. contra Iaſon. probat Menoch. *d. lib. 3. præſumpt. 110.* Idem ſentit Donell. *dict. cap. 13. pag. 447. ubi ſcribit*, ſi Empnyteuſis detur ad tempus, eam dandam eſſe ad tempus non modicum, & interpretatur tempus non modicum, tempus diuturnum ſive longum, Cujac. quoque *in lib. 22. Pauli ad edictum, pag 333 in fin.* requirit hic tempus longius, quam quinquennium. Hotomannus verò *ad §. Adeò autem. 3. Inſt. de locat. & conduct.* arbitratur, intelligendum hic eſſe tempus vitæ hominis, quod centum annis definiatur: eò quòd emphyteuta ex ſpacio decem aut viginti annorum haud magnum facere poſſit fructum ex arborum conſitione, ſi tamen arvorum negocium eſſet, ut ſpinis, vepribus, aliiſque ſublatis ager coloretur, ſationeſque frumentariæ fierent, poſſe fundos ad decem aut viginti annos in emphyteuſin dari. *Nov. 7. c 3.* [c] *Novell. 120. c. 6. Et hoc quidem. §. licentiam igitur.* & facit *Novell 55. c. 2.* vide *ſupr. theſ. 14. in fin. & inſr th 74.* Valent. Forſter. *lib. 2. de ſucceſſion. c. 23. num. 5. & 6.* [d] Et hac pactione agi poſſe, oſtenſum eſt ſuprà.

50 Quod ſi in prædio Emphyteutico inveniantur fodinæ, ſive ſecturæ auri, argenti, ferri, plumbi, lapidis, calcis, arenæ, picis, cretæ, ſulphuris, ſalinæ, poterit emphyteuta & has exercere, iiſque utifrui, ſed ut bonus paterfamilias, etiamſi eæ res non renaſcantur.

l. Item ſi fundi 9. § ſed ſi lapidicinæ habeat 2. & §. ſeq. l. ſi cujus. 13. §. inde eſt quæſitum 5. ff. de uſufr l. fructus eos 7. §. ſi vir. 13. ubi Duar. *& §. ſed ſ. certi fodinæ. l. ſi fundus. 8. ff. ſolut. matrim. l. 8 in fin. & l. magis puto. 5 § 1 ff. de reb cor. qui ſub tutel. vel cura. ſunt, l. fin in fin. princ ff. de fundo dotali*, ſed obſtare videtur. *l. ſi ex lapicidinis. 32. ff. de jur. dotium.*

Quæri-

Quæritur de thesauro, qui in Empyhteuticò repertus est fundo, Em- 51
phyteutæ, an proprietarii sit ille? Nos ipsum ad proprietatis dominum pertinere arbitramur, ita tamen ut inventori, sive is Emphyteuta, vel quis alius sit, ex juris dispositione partem dimidiam relinquamus.

Emphyteuta enim verus dominus prædii Emphyteutici non est, *l. 1. ff. si ager vectig.* & fructuarius, cui Emphyteuta similis est, thesaurum in fructuario fundo inventum jure dominii, vel ususfructus sibi vindicare non potest, *d. l. fructus 7. §. si fundum, vers. Non magis, ff. solut matr.* vide Valascum *quæst. 15. qui dicit*, quod communis, Dd. opinio pro Emphyteuta militet, Ipse verò negantibus accedit. *vide tract. meum de regal. c. 3. num. 181. & seqq.*

Ferarum etiam vivariis fundi Emphyteutici, propagationis & per- 52
petuæ fundi illius utilitatis causa inclusarum, ususfructus ad Emphyteutam pertinet, qui tamen numerum illarum ferarum per singula genera servare tenetur.

Arg. tex. in l. item si fundi. 9. §. & si apes, l. si usufructuarium 62. §. si vivariis. 1. ff. de usufruct. & l. 3. ff de diversis & tempor. præscr.

Si item in fundo Emphyteutico lacus, stagnum, vel piscina sit, in 53
quibus pisces, ut ibi multiplicentur, & crescant, habeantur, reditus etiam piscationum ad Emphyteutam pertinent.

Arg. d. l. item si fundi. 9. §. aucupiorum. 5. vers. ergo & piscationum, ff de usufruct. & l. quid tamen 10. § sed etsi stagni. 3. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amitt. Vide Guidonem Papæ. *decis. 91 num. 4. & ibidem in addit. sub lit.* C. item Chassenæ. *ad consuetud. Burgund. Rubr. 4. §. 2. gloss. pen. col. fin. pag 537. num. 23,* & Molinæ. *ad consuetud. Paris. Tit. 1. gl. 3. §. 1 n. 17. & seq. pag. 80.* & Cæpol. *de servitut. prædior. rusticor. c. 42. num. 6.* Hartmann. Pistor. *lib. 1. quæst 24. num. 65.* Schrader *de feud. part. 3. c. 4. n. 7. & 2. part. 9. part. pr. sect. 4. num. 10.* vide *tract. meum de regalib. cap. 3. num 150.*

Quod si in Emphyteusin data prædia etiam sylvam contineant cœ- 54
duam, ut quæ succisa rursus ex stirpibus aut radicibus nascitur, [a] potest Emphyteuta, dummodo frugiferis & grandibus arboribus parcat, & cædendo consuetum usum non excedat, ex ea excidere ligna, [b] etiamsi non brevi, sed longo temporis intervallo ipsa sylva succisa renascatur. [c]

a] *l. Sylva cædua 30 in princ. ff. de verb. significat.* [b] *l. ex sylva. 10. & l. seq. d. l. si cui us. 13. §. fructuarius, ibi, & non debet neque arbores frugiferas excidere, & l. si absente. 48. ff. de usufruct. & d. l. fructus 7. §. si fundum vers. 12. ff. solut. matrim.* [c] *argum. tum generalis. d. l. ex sylva 10. ff. de*

uſufruct. tum d. l. fructus 7. §. ſi vir. ff. ſolut. matrim. Garſias *de expenſ. & meliorat. c. 11. num. 35.* Diſſentit Pinel. *ad l. 1. part. 2. C. de bon. matern. numer. 59. in fin.*

55 Incrementum quoque fundi Emphyteutici, ut quod illi per alluvionem acceſſit, ad Emphyteutam jure Emphyteutico pertinet. [a] Sed an Inſulæ juxta fundum Emphyteuticum natæ, uſusfructus ad Emphyteutam ſpectet, dubitari poteſt, eò quòd ad uſufructuarium illius uſusfructus non pertinet? [b] communi tamen calculò affirmativa ſententia recepta eſt. [c]

a] *Per l. item ſi fundi. 9. §. Huic vicinus. 4. ff. de uſufruct.* [b] *dict. §. huic*, [c] vide præter alios Tiber. Decian. *Reſponſ. 123. num. 53. & aliquot ſeqq. vol. 3.* & Iohan. Borcholt. *de feudis c. 3 num. 13.* Zaſium *in Epitom. feud. part. 6. num. 48.* Franciſc. Sonſbec. *part. 10. de feud. num. 6.* atque hæc ſententia defenſari putatur tum arg. *tit. 4. §. ſi quis de manſo. 5. lib. 1. feud.* tum etiam arg. à relatis, quia particulare damnum ad Emphyteutam pertinet, proindeque & hoc incrementum. *per l. ſecundam naturam. 10. ff. de reg. jur.*

56 Cæterum quod attinet actiones, quibus Emphyteuta fundum Emphyteuticum ſibi ſervare & tueri poteſt, competit illi primum actio in rem adverſus quemvis rei Emphyteuticæ poſſeſſorem, etiam dominum ipſum, [a] quæ actio, ſi Emphyteuſis à civitate ſit data, appellatur actio vectigalis [b] item actio de fundo vectigali. [c] Si ab alio data ſit, in rem utilis actio, ſive utilis vel quaſi vindicatio erit. [d]

a] *Dict. l. 1. §. 1. ff. ſi ager vectig.* [b] *l. ſi finita. 15. §. ſi de vectigalibus. ff. de damno infect.* [c] *l. ſi cùm venditor. 66. in pr. ff. de evict.* [d] *l. 1. in fin. ubi gl. in verb. in rem. ff. ſi ager. vectig.* Cujac. *ad l. 9. in princ. lib. 2. feud.* vide Valaſcum. *qu. 18. n. 12. & ſeqq. & n. 22.*

57 Experiri quoque poteſt, aquæ pluviæ arcendæ actione, [a] item interdicto, quod vi aut clam: & novum opus nunciare poteſt. Hæc enim juris remedia ſuperficiario competunt, [b] cui Emphyteuta ſimilis eſt, [c] quinimò majus jus habet.

a) *l. Quod principis. 23. §. 1. ff. de aqua & aqua plu. arcend.* (b) *l. 1. §. 1. l. 3. §. pen. ff. de oper. novi. nunciat.* (c) *l. tutor. 16. §. ult. ff. de pign. action.* Quomodo vero ſuperficiarius ab Empnyteuta differat. vide Valaſcum. *de jure Emphyt. qu. 33.*

58 Si quoque Emphyteuta ab ædibus ruinoſis damnum metuat, damni infecti utiliter ſtipulari poteſt; nam id poteſt ſuperficiarius.

l. Qui bona. 13. §. ſuperficiarium, ff. de damno infecto.

59 Adhæc negatoria actione, & interdicto uti poſſidetis, tum etiam injuriarum actione experiri poteſt adverſus eos, à quibus re Emphyteuticaria uti prohibetur. *l. 2. l.*

l. 2. l. Sicut 8. §. Ariſto. 5. ff. ſi ſervit. vindic. l. 3. §. 2. & §. ſeq. ff. uti poſſidet. l. qui pendentem. 25. ff. de act. empt. & vend. Menoch. *retinend. poſſeſſ. remed. 3. qu. 10. n. 84. ubi alios refert.*

Ex commodis, quæ in re Emphyteutica comparata ſunt Emphyteu- 60
tæ ſupereſt alienatio rei Emphyteuticæ. Poteſt autem Emphyteuta melioratione ſuas, & Ius ipſum Emphyteuticum quovis modo alienare, putà vendere, donare, dotis nomine dare, permutare, [a] pignori dare, [b] & ſervitutem fundo Emphyteutico imponere. [c]

a) §. *Adeò autem. 3. Inſt. de locat. & conduct. & l. 1. in princ. verſ. neque hi ff. ſi ag. vectigal. vel Emphyteut. petat.* (b) *l. lex vectigali. 31. ff. de pignor. & hypoth.* (c) Quia & ſuperficiario hoc conceditur, *l. 1. §. ult. ff. de ſuperficieb.*

At quamvis antiquitus Emphyteutæ libera erat poteſtas alienandi 61
transferendique fundi Emphyteutici, quandiu penſio ſolvebatur: *(a)* poſtea tamen facultas alienandi etiam meliorationes & Ius Emphyteuticum reſtricta quodammodò fuit, tum ratione perſonarum, in quas fit alienatio, tum etiam alinationis conditione. *(b)*

a) *Vt arguunt loca theſi præcedenti, ſub lit. A. adpoſita.* (b) *l. 3. Cod. de jur. Emphyteut.*

Sunt autem duo genera perſonarum, in quas hæc alienatio fieri non 62
poteſt: Vnum eſt earum perſonarum, in quas ne fieret alienatio, in ipſa Emphyteuſis conſtitutione cautum eſt. Alterum earum, quæ non ſunt idoneæ ad ſolvendum Emphyteuticum canonem.

l. 3. §. Sin autem. C. de Iur. Emphyt. Donell. *libr. 9. Comment. cap. 13. pag. 448. verſ. fuit autem & pag. ſeq.*

Alienationis conditio in tribus eſt poſita. Primum eſt, ut Emphy- 63
teuta ſi reperit aliquem, qui velit emere meliorationes & jus Emphyteuticum, & pretium pro eo offerat, id domino teſtatò denunciet, eumque, precio eodem emere volentem, præferat. Et quidem menſes duos ad deliberandum domino relinquere jubetur, quo temporis ſpacio emenſo, & domino non emente, liberè jus ſuum transferre in alium idoneum, & non prohibitum poteſt.

Dict. l. 3. verſ. 1. & ſeq. C. de jur. Emphyteut. Donell. *lib. 9. Commentar. jur. civil. cap. 14.* Borcholt. *in tract. de feud. cap 3. num 36 & ſeqq.*

Et ne quidem in ſocium ſuum, *(a)* licèt conſanguineus ſit, *(b)* 64
abſque hac denunciatione Emphyteuta alienationem exercere poteſt. *(c)*

a) Diſſentit Bart. & alii *in l. qui Romæ, 122. §. duo fratres. ff. de verb. oblig.* & Iaſon *in l. ſi domus. 71. §. fin. col. ultim ff. de legat. 1.* (b) Contrarius eſt Sichard. *in l. voluntas. 4. Cod. de fideicommiſſ.* (c) Dominus enim

hic

Digitized by Google

hic jus retractus habet, *dict. l. 5. Cod. jur. Emphyt. c. potuit. extra de locat.* Socius illud non habet, licèt consanguineus sit, *l. dudum 14. C. de contrab. empt & vendit.* Sed obstare videtur *dict. l. voluntas. 4. Cod. de fideicommiss. Item tit. 55. c. Imperialem. §. præterea Ducatus, ibi, aliud autem feudum si consortes voluerint, dividatur, lib. 2. F.* Tum etiam quod Vasallus liberè potest refutare feudum, *tit. 38. lib. eod. feud.* Quoque jus patronatus in compatronum absque Episcopi consensu licitè alienatur. *c. ex insinuatione. 43. extra de jur. Patronatus.* Vbi gloss. *& Canonistæ communiter.*

65 Hac tamen denunciatione nihil est opus, vel ipsi Emphyteutæ, *(a)* vel ejus heredi, *(b)* si dominus Emphyteutæ licentiam & potestatem alienandi in ipsa concessione permiserit, idque ex Emphyteutico instrumento satis liqueat. *(c)*

a) *Dict. l. 3. verf. sancimus C. de jur. Emph.* & facit *argum. l. si convenit 4 ff. de pignerat. action.* Item, quod pactiones Emphyteuticæ firma illibataque stabilitate perpetua custodiri debent, *l. 1. C. de Iur. Emphyt.* Quodque ociosum esset hoc pactum, nisi hunc illi effectum tribueremus. Sunt tamen, qui dissentiunt, *per l. si quando. 35. in princ C. de Inoffic. testam. & per l. quæro. 54. §. inter locatorem, ff. Locati.* (b) *per text. in l ficut. 8. §. si debitori, 16. ff. Quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Sed obsistere videtur, *l. cum quis. 55. ff. de verb. oblig. & l. Lucius. 93. in princ. ff. de Legat. 3.* Vid. Amplis. Dn. Besold. *in practic. thesaur. lit. H, verb.* Handelohn. *num. 12.*

66 Et si Prælatus fundum Ecclesiæ in Emphyteusin dederit, atque ipsi emphyteutæ alienandi licentiam fecerit, successor Prælati revocare eam alienandi potestatem haudquaquam potest.

Argum. textus in tit. 3. lib. 1. F. & tit. 35. libr. 2. F. Aurel. Corbulus. *in tract. de jure Emphyteut. cap. 14. ampliat. 6. n. 6.*

67 Similiter non indiget Emphyteuta isthac denunciatione, cum meliorationes suas, aut jus ipsum Emphyteuticum alicui vel donare, vel oppignorare, vel permutationis causa tradere, vel in dotem dare, vel legare intendit. *(a)* In datione tamen in solutum, quia & hæc venditio videtur *(b)* hanc denunciationem necessariam esse putamus Proindeque & in dotis datione rei æstimatæ, quippe cum & hæc venditionis species sit. *(c)*

a) Ea enim denunciatio & exspectatio consensus domini in eum finem à lege desideratur, cum Emphyteuta vult vendere Ius Emphyteuticum, vel meliorationes suas, ut potestas fiat domino eodem pretio emendi, si velit, *l. 3. verf. sed ne hac occasione, C. de Iur. Emphyt.* Sed huic fini locus non est in donatione, oppignoratione, permutatione, donatione, vel legato; Quocirca in his alienationibus illam denunciationem & domini con-

Digitized by Google

consensum exigere non debemus, Donell. *libr. 9. Commentar. cap. 13 pagin. 450.* Facit huc & illud, quod antiquitus Emphyteuta quovis modo alienare liberè poterat, & in alium transferre Ius suum, ut arguit textus *in §. adeò autem. 3. vers. ut ecce, Inst. de locat. & conduct. & l. 1 in princ. ff. Si ag. vectig. d. l. tutor. 16. §. fin. ff. de pig. act. l. si domus 71. §. ult. ff. de Legat. 1.* Sed hæc libera alienandi potestas ei in venditione tantùm, Iustiniani constitutione nova, adempta est, in cæteris negociis non item; Quapropter cæteræ alienationes ipsi relictæ sunt liberæ: Quicquid enim nova lege specialiter videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debet, *l. præcipimus 32. in fin. C. de Appellat.* Huc quoque facit, quod usufructuarius etiam inconsulto dominolus suum quod habet alii vendere vel gratis cõcedere potest, *§ minus autem vers. nec ulli alii. Inst. de usu & habitat.* Denique ita post alios tradidit Iul. Clar. *in §. Emphyteusis, quæst. 15. 17. 18. & 19.* Et Andr. Gail. *lib. 2. observ. 25. num. 6.* idem de pignore & hypotheca scribit. Vide quoque Iohan. Borchoit. *de feud. cap 3. num 43.* & Molin. *in consuetud.* Paris. *part. 1. §. 13 gloss 5. num. 48.* (b) *l. ultim. ff. de rebus authorit. Iudic. possid. & l. 4. Cod. de Eviction.* (c) *l. quotiens. 11. C. de jur. dot. l. 3. ff. Locati: l. cum post. 69. §. cum res. ff. dict. tit.* Tyraquell. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 14. num. 21.* Corbulus *dict. cap. 14. ampliat. 32.* Excellentiss. Dn. Besold. *delibat. in lib. ff. 6. tit. 3. quæst. 9.*

Alterum, in quo conditionem alienationis rei Emphyteuticæ posi- 68
tam dicimus, est, ut Emphyteuta testatò desideret à domino, ut is novum Emphyteutam suscipiat, & eum in possessionem fundi emphyteutici ipsemet inducat; Quod si tamen dominus ita interpellatus, intra proximos menses duos, non tradat possessionem novæ Emphyteutæ, ipsemet alienans Emphyteuta id impunè facere potest. Atque hæc interpellatio exigitur non tantum venditione, sed & quavis alia perpetua alienatione facta.

Dict. l. ultim. vers. necessitatem. C. de jur. emphyteu. ut in venditione, sic & alia quavis perpetua alienatione juris emphyteutici maximè interest domini, ut requiratur ad traditionem possessionis fundi Emphyteutici, ut scilicet contrahendo cum novo Emphyteuta, tradat ei lege eadem, qua priori data Emphyteusis erat: Item, ut admittens novum Emphyteutam accipiat quinquagesimam lege constitutam, Donell. *libr. 9. Comment. d. cap. 13 pag. 449 & duabus seqq. Item, pag. 453 lin. 10 & seqq.* Vocatur Handlohn / Handlesen / Wegleß / Lehenwähr. Wehner *in pract. observ. lit. H. verb.* Handlohn / Sichard. *ad dict. l. ult. num. 20.*

Tertium, in quo conditio alienationis Iuris Emphyteutici, & me- 69
lioratiouis consistit, est, ut novus Emphyteuta, ipsi domino, pro sub-

Digitized by

scriptione & admissione offerat, quinquagesimam partem, vel precii, si jus venditum sit, vel æstimationis, si ex alia causa sit alienatum. Quæ tamen quinquagesima non debetur domino, si idoneum Emphyteutam novuum suscipere recusaverit.

Dict. l. ult. vers. & ne avaritiæ. & vers seq. C. de Iur. Emphyteut. adde allegata præcedent. thes.

70 Dicendum nunc de naturali juris Emphyteutici onere, quod Emphyteuta vicissim pro commodo Emphyteutico præstat: quale est, quod domino annuam præstare pensionem cogitur; *(a)* quod item publicis præstationibus fundi Emphyteutici nomine fungitur; *(b)* quod publicarum etiam functionum illarum apochas domino præstare tenetur; *(c)* quodque ob particularem interitum fundi Emphyteutici à pensionis totius præstatione non liberatur; *(d)* Et denique, quod in alienando jure suo Emphyteutico, vel meliorationibus dominum interpellare necesse habet. *(e)*

a) *Dict. l. 1. ff. Si ag. vectigal. & d. §. adeò autem. 3. Instit. de locat. & conduct.* (b) *l. pen. Cod. de jur. Emphyteut.* Publicæ functiones illæ sunt vectigalia, tributa, refectiones publicæ viæ, collationes in refectiones aggerum & similia. Hæc munera, quia prædiorum possessores onerant, *l. Imperatores. 7. ff. de public. & vectigal.* Idcircò Emphyteuta, qui possessor est Emphyteutici fundi, *l. sciendum 7. §. 1. ff Qui satisdar. cog.* ea præstare tenetur. Vide *tractat. meum de jure collectar. cap. 10. num. 5. ubi citati.* (c) Apocha est instrumentum pecuniæ solutæ à creditore debitori solventi porrectum, *l. qui tabulas, 27. § pen. & ult ff. de furt.* Ego *dict. tract. d. collect. cap. 10. num. 11.* Et Emphyteuta cum publicas illas præstationes præstitit, apocham à quæstore, cui solvit, exigere in gratiam domini tenetur, *l. 2. C. de jur. Emphyteut.* usus hujus apochæ hic est, ut & dominus reverso ad eum fundo Emphyteutico de publicis illis pensitationibus præstitis omninò tutus sit: quippe cum possessores etiam præteriti temporis isthæc præstare munera teneantur, *dict. l. Imperatores. 7. ff. de Publican. & vectigal.* (d) *l. 1. C. de jur. Emphyteut. & §. adeò autem 3. vers. ult Instit. de locat. & conduct.* Casus ergò fortuiti in fundo Emphyteutico incidentes, quicunque & quanticunque fuerint, si non totum fundum abstulerint, non liberant emphyteutam à præstatione totius Canonis. (e) *d. l. ult C. d. t.*

71 Si tamen propter hostium vim, aut latronum potentiam, fundum Emphyteuticarium possidere Emphyteuta non possit, ita ut toto anno, eo non fruatur, certè justum est, ut ei pensio illius temporis remittatur, *(a)* nisi ea parva sit, puta in duobus, tribus, quatuor aut quinque nummis consistat, & fundus sit fructuosus. *(b)*

a) *Argu-*

Digitized by Google

a) *Argument. l. cum unus. 12. §. ultim. ff. de rebus authoritat. judic. possid. & l. si in venditione. 10. §. ultim. ff. de pericul. & commod. rei vendit. Novell. 7. in princ. §. lex itaque. verf. dudum autem, juncto verf. non autem ultrà.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. 23. num. 23. 24. & seq.* Donell. *lib. 9. Comment. c. 13. pag. 451. linea 25. & seqq.* Iulius Clarus. *lib. 4. sent. §. Emphyteusis quæst. 8. num. 6.* Valascus *quæst. 27. num. 13.* Sed vide Molin. *in consuet.* Paris. *titul. 2. §. 62. num. 54. & seqq pag. 154. & seq.* & Iohan. Borcholt. *de feud. cap. 3 num. 12.* Fachin. *lib. 1. controverf. jur. cap. 90.* obstare videtur, *l. quicunque 3. C. de fund. patrim. lib. 11. & dict. l. 1. verf. ultim. C. de jur. emphyteut. & d. §. adeò autem 3. verf. ultim. Inst. de locat. & conduct.* (b) *argum. l. si merces. 25. §. vis major, ibi, alioquin modicum damnum æquo animo ferre debet colonus. ff. locati.*

Similiter si sterilitas, aut aliud damnum in fructibus prædii Em- 72
phyteutici contigerit, ut si vis fluminis, graculorum, sturnorum, vel quid simile acciderit; si raucis aut herbis segetes corruptæ sint, vel labes facta; vel uredo fructum olivæ corruperit; aut solis fervore non assueto quid contigerit, æquum est, ut pensio Emphyteutæ remittatur, ne supra damnum seminis & culturæ, canonem præstare cogatur; *(a)* Si tamen alio quodam anno sequente ubertas solito major contingat, nihil obesse debet domino facta remissio, sed integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit, exigere potest. *(b)*

a) Ob hos enim casus merces conductori prædii rustici remittitur, *l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. ibi, ne supra damnum seminis. & §. ubicunque, l. si merces, 25. §. vis major 6. ff. locati. c. propter sterilitatem. 3. extr. de locat. l. licet. 8. C. de locat.* De vi fluminis est etiam textus, *in l. si in venditione. 10. §. ult ff. de peric. & commod. rei vendit. & l. cum unus. 12 §. ult. ff. de reb. authorit. jud. possid.* Sed Emphyteuta similis est conductori, quinimò veteribus Iurisconsultis conductor fuit, *l. 1. & l. ultim. ff. Si ag. vectig. vel Emphyteut. petat. §. adeò autem. Inst. de locat. & conduct.* Quare ob hujusmodi casus meritò & Emphyteutæ fit pensionis remissio, per textum expressum *in d. l. ex conducto. 15. §. si uno anno, verf. hoc idem & vectigalia damno respondit. ff. locati.* Roland. à Valle *consil. 69. num. 26. vol. 1.* Sed vide Molin. *in consuetud.* Paris. *Tit. 2. §. 62 num. 58. & seq.* Fachin. *libr. 1. controv. 89.* Hackelman. *disputat 11. thes. 18. lit. A.* Bachov. *in not. ad* Treutl. *disput. 29. thes. 7. lit. F. fol. 1121.* Natta *consil. 49. num. 14. & consil. 194. num. 4. & seqq.* Non obstat *d l. 1. in fin. C. de jur. Emphyteut & d. §. adeò autem Instit. de locat. & conduct.* Nam eò loci Imp. Iust. duntaxat de interitu ipsius prædii Empyhteutici loquitur: Quare isthæc constitutio ipsius non tollit jus vetus, quod est de remissione pensionis ob sterilitatem, *per l. præcipimus. in fin. Cod. de appellat.* Sed obstare videtur, *l.*

quicunque. 3. C. de fund. patrimon. lib. 11. Vide Corbulum *de Iur. Emphyteut. cap. 15. ampliat. 12. num. 21.* (b) *dict. l. ex conducto. 11. §. si uno anno. verſ. hoc idem & in vectigalis damno ff. locati.*

73 Reliquum nunc eſt, ut loquamur de modis, quibus conſtituta Emphyteuſis amittitur. Amittitur autem finita generatione, vel tempore, ad quod uſque data eſt; tum ſoluto jure domini concedentis, quod in fundo emphyteutico habuit, & interitu totius fundi Emphyteutici: tum denique præſcriptione & culpa emphyteutæ.

Dn. D. Beſold. *vol. 2. conſil. 46. per tot. ubi eleganter ut omnia.*

74 Quod ſi expreſſa ſit certa generatio, ad quam uſque tranſire Emphyteuſis debeat, ipſa generatione finita & Emphyteuſin finiri dubium non eſt. (a) At ſimpliciter & purè data Emphyteuſis, tranſit, ut ſuprà dictum fuit ad omnem generationem, quinimò ad extraneos quoque heredes, ſi à laico ſit conſtituta, (b) quam civilem Emphyteuſin vocant; Si verò in Eccleſiæ vel alius venerabilis domus prædio ſit conſtituta ſimpliciter, transfertur ſimiliter quidem ad omnes deſcendentes, (c) at non ad extraneos, niſi & pro his expreſsè ſit conceſſa. (d)

a) Iulius Clarus *in §. Emphyteuſis. quæſt. 28. num. 2.* Borcholt. *de feud. c. 3. num. 16.* Quæritur ſi Emphyteuſis uſque ad tertiam generationem ſit conceſſa an conceſſio hæc intelligatur incluſivè, ut acquirens pro prima, filius pro ſecunda, nepos pro tertia generatione habeatur? De qua quæſtione vide Valent. Forſter. *lib. 3. de ſucceſſion. c. 20. num. 5.* & Roſenth. *de feud cap. 7. concluſ. 23 num. 3. & ſeqq.* (b) Idem Clar. *d. quæſt. 28. num. 1.* Donell. *lib. 9. Comment. c. 13. pag. 446. verſ. finis conſtituendi.* Borcholt. *de feud. d. c 2. nu. 14.* (c) Expreſsè dari poterat etiam tantum pro filiis & nepotibus, proindeque ſimpliciter data, tranſibat tantùm ad filios & nepotes, *Novell. 7. c. 4. in princ.* Sed poſtea *ex Novell. 120 c. 6. § licentiam*, nominatim concedi potuit etiam in perpetuum; unde poſt eam Novellam hodie ſimpliciter data, tranſit perpetuò ad omnes deſcendentes, atque ita ſentit etiam Iul. Clar. *d. quæſt. 18 num. 1.* & Iohan. Borcholt. *de feud. d. c. 3. num. 14.* Diſſentit Covarr. *lib. 2. variar. reſol. c. 17. num. 5. & 6. verſ. quinta concluſio.* & Menoch. *lib. 3. præſumpt. part. 1. præſ. 109. num. 15. qui poſt alios ſcribunt*, videri Emphyteuſin ſimpliciter datam, uſque ad tertiam tantùm generationem conceſſam, id quod fieri poſſe diximus *ſupra theſ. 44.*

75 Pertinet autem Emphyteuſis ſimpliciter data, ſive ſit civilis, ſive Eccleſiaſtica, ad heredes non modò maſculos, ſed & fœminas.

Vti arguit textus *in d. Novell. 7. c. 3. in princ.* Et tradit Didac. Covarr. *lib. 2. var. reſolut. c. 18. num. 1.* item Iul. Clar. *in §. Emphyteuſis qu. 32.* & Nicol. Everhardi. *in Topic. legal. in loco à feudo ad Emphyteuſin, num. 6. & 45.* Fachinæ. *lib. 8. controv. 97.* Simi-

Digitized by Google

Similiter Emphyteuſis data mihi, & filiis meis, intelligitur quoque 76
conceſſa meis filiabus, licèt plærique Dd diſſentiant.

Nam filii appellatione etiam filia comprehenditur, *l. ſi quis ita. 16. ff. de Teſtam. tutel. l. ſi ita ſit ſcriptum 45. in pr. ff. de Legat. 2. l. juſta 201. ff. de Verb. ſign.* non tantum in Teſtamentis, ſed & in contractibus per text. *in l. quæ de legato. 46. ff. de Legat. 1. & l. pactum inter heredem. 46. ff. de Pact.* Molinæ. *in conſuetud. Pariſ t. 1 §. 12. num. 4. pag. 248.* Facit quod appellatione fratris etiam ſoror continetur, *l. Lucius. 93. §. quæſitum. ff. de Legat. 3.* Huc quoque confert. *l. 1.* ubi Alciat. *& l. filii appellatione. 84.* ubi Iohan. Gœddæ. *ff. de verb. ſign.* atque hanc ſententiam amplectitur etiam Didacus Covarruv. *lib. 2. var. reſolut. c. 18. num. 1.* Iulius Clarus *in §. Emphyt. quæſt. 32. num. 2. in fin.* Diſſentit Roland. à Valle. *conſ. 93. numer. 17. vol. 2.* Corbulus *de jur. Emphyt. c. 12. n. 3. & ſeqq.*

Emphyteuſis autem mihi data, & meis filiis, non intelligitur nepo- 77
tibus meis conceſſa.

Per textum *in §. quod ſi nepotes, verſ. cæterum ſi filios. Inſt. qui teſtament. tutor. dar. poſſunt. Novel 7. c 3. in princ. & l. quid ſi nepotes. 6 ff de teſtam. tut.* ſed vide Nicol. Everhard. *in dicto loco à feudo ad Emphyteuſin. n. 7.* Salicet. *ad l. 2. n. 9.* & Iaſon *n. 191. C. de jure Emphyt.* Diſſentit Cæphal. *conſil. 262. num. 7. ad fin.* Decianus *conſil. 9. num. 8. & ſeq. vol. 2.*

Sed elegans, itemque utilis eſt quæſtio, an dominus; ſi fundum Em- 78
phyteuticum, finita generatione ad ſe reverſum, iterum concedere in Emphyteuſin velit, potius prioris Emphyteutæ conſanguineis, quam extraneis, dare eum debeat? Et licet communi Dd. calculo ſit receptum, conſanguineos hic eſſe præferendos, (*a*) nos tamen hanc opinionem à theorica veritate alienam eſſe putamus. (*b*)

a) Vt poſt alios tradit Tiraquell. *de retract. lignag. in præfat. nu. 41. & ſeqq. Item in §. 1. gloſſ. 10 num. 4 pag. 138.* & Nicol. Everhard. *in dicto loco à feudo ad Emphyteuſin, num 9.* vide omnino Valaſc. *quæſt. 2 num. 7. & quæſt. 24.* (b) *per l. dudum. 14. Cod. de contrab. empt. & vend. & l. in re mandata. 21. C. Mandati.* Facit etiam huc optimus textus *in c 2. verſ. in primo ergò caſu. ibi, liberè, extr. de feud.* atque ita etiam ſentit Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſ. 148. num. 3. verſ. ſed verior opinio eſt.* verum communi opinioni ſubſcribit etiam Mynſinger. *cent. 5 obſ. 16.* & Dn. Vultejus *lib. 1. de feudis. c. 11. n. ult.*

Quod item Emphyteuſis ad certum tempus data, eo tempore finito, & ipſa finiatur, extra omnem dubitationis aleam poſitum eſt. 79

Per textum in l. 1. in fin. junctâ l. ult. ff. ſi ag. vectigal.

Idem eſt & ſi nominatim convenerit, ut ad certum tempus canone 80
non ſoluto, emphyteuticus fundus ad dominum rediret, & lege commiſsâ, dominus ſua lege utatur, & fundum vindicet.

l. Lex vectigali ff. de pig. & hypoth. Donell. *lib. 9. Comment. cap. 15. vers. lege ipsa.*

81 Soluto quoque, ut proposuimus, jure domini concedentis, solvitur & ipsa Emphyteusis. Si enim dominus in Emphyteusin concesserit fundum, cujus dominium solummodò vel ad vitam habet, veluti si fundum Majoratus: Ein Stammgut / in emphyteusin concesserit, vel si ejus habeat dominium, usque ad eventum conditionis cujusdam, certè mortuo ipso domino, vel existente conditione, finitur Emphyteusis. Transit enim res quælibet cum suâ causâ, & soluto jure dantis, solvitur & jus accipientis.

l. Et post. 11 §. res quæ, ff. fam. Erciscund. l. lex vectigali. 31. ff. de pignor. l. 3. ff. quibus modis pig. vel hypoth. solvit. Donell. *lib. 9. Comment. c. 15. in pr. pag. 454. & pag. 457. vers. postquam constabit.* De bonis Majoratus vide Did. Covarr. *lib. 3. var. resolut. c. 5. & seq.* & Dn. D. Besold. *in tract. de success. & election. regia. fol. 62. n. 13.*

82 Finitur quoque ut supra est propositum, Emphyteusis, si fundus emphyteuticus totus intereat.

Per l. 1. vers. si quidem tanta emerserit, C de jur. emphyt. & §. adeò autem 3. vers. sin autem nihil. Inst. de locat. & conduct. Huc quoque confert, quod & ususfructus finitur, si ager vel hortus fructuarius mari aut flumine inundatus sit, *l. si ager. 33. & l. seq. ff. Quib. mod. usufruct. amitt.* Quæritur insuper an Emphyteuta Emphyteusin domino invito refutare queat? quod communiter negatur. pro ut latè probat Rosenthal. *in Synopsi feudal. c. 9. concl. 50. n. 13.*

83 Præscriptione amittitur Emphyteusis, si vel dominus, [*a*] vel etiam ex justa causa, & bona fide tertius quispiam fundi Emphyteutici possessionem adeptus sit, eamque per annos 10. aut 20. absque ulla contradictione Emphyteutæ teneat. [*b*]

a) Exemplo ususfructus, quem usufructuarius non utendo, per longum tempus amittit, §. *finitur ibi, non utendo per tempus.* ubi Cujac. *in not. Inst. de usufruct. l. placet. 25. l. ususfructus. 28 ff. Quibus modis usufruct. amitt. l. non utitur. 38. ff. de usufruct. l. corruptionem. 16. & ibi gl. in verb. excludere. C. d. t. & l. ultim. C. de servit. & aq.* argumentum autem ab usufructu ad Emphyteusin hac in parte ideò procedit meritò, quia ususfructus similis est Emphyteusi, ut arguit text. *in l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt, ff. Si ag. vectigal. & d. §. adeò autem 3. ibi, quæ fruenda traduntur, Inst. de locat. & conduct.* Et argumentum à simili in jure nostro probabile est. Nicol. Everhard. *in loco à simili.* Accedit ad hoc argumentum & illud, quod & is, qui servitutem urbanam debet, usucapere libertatem potest, *l. hæ autem. 6. ff. de servitut. præd. urban. & l. 4. §. fin.*

§. fin. ubi Cujac. *ff de uſucap.* Quodque unaquæque res facilè ad ſuam naturam redit, *c. ab exordio. & ibi gloſſ. 35. diſtinct. l. ſi unus. 27. §. pactus ne peteret, verſ. incipiet dos redire*, ubi latè Iaſon. *num. 5. & ſeqq. ff. de pact. §. cum in ſuo, verſ. quod ſi aliqua ex cauſa. Inſt. de rerum diviſ. & l. hac conſultiſſima. 21. §. ſi quis autem, Cod. de Teſtament.* (b) Franciſc. Balbus *in Tract. ſuo de præſcript. part. 4. partis 4. princ. quæſt. 8. num. 4.* Proprietatem hoc tempore contra dominum adquirit tertius uſucapiendo; Et quia bona fide pro libero poſſidet fundum, præſcribit eodem tempore Emphyteuſin contra Emphyteutam; quia ut dixi dominus hoc tempore libertatem præſcribit. Weſembec. *in Paratitl. ff. Si ag. vectigal num. 2. verſ. finitur, & verſ. ſed quod de præſcriptione* poſt alios, de quodam alio præſcriptionis genere, quo Emphyteuſin finiri putat, differit, ſed opinionem ejus probare haud poſſumus, eò quod nemo ſibi poſſeſſionis cauſam mutare poteſt; tum etiam quod abſque bona fide nulla hodie præſcriptio currit. *vide ſupr. hac diſp. theſ. 43. ubique citatos.* adde Borcholt. *de feudis. c. 7. num. 4. & ſeqq.*

Culpa Emphyteutæ finitur Emphyteuſis variis modis. Et primum quidem, ſi Emphyteuta dolo, vel culpa lata, aut levi, rem Emphyteuticam inſigniter deteriorem fecerit. 84

Novell. 120. c. 8. & Auth. qui rem. C. de SS. Eccleſiis. Quæ loca licèt ſint de Emphyteuta rei Eccleſiaſticæ, rectè tamen jus ad Emphyteutas aliarum rerum porrigitur; Nam & colonus quivis ob eam cauſam ejici poteſt, *l. ede. 3. C. de locat.* facit huc *l. 27. de pac. tenend. & ejus violat. §. publici latrones*, ubi Bald. & alii *lib. 2. Feud.* Sed ea deterioratio Emphyteutæ dolo aut culpa lata vel levi facta ſit neceſſe eſt, per text. *in l. ſi ut certo. 5. §. nunc videndum. ff. commodati, & l. contractus. 23. ff de reg. jur.* ubi Ant. Deltio, *c. 11.* Corbulus *d. tract. c. 13. num. 4. & 24.* obſtare videtur, quod textus *in d. Novell. 120. cap. 8. & d. Auth. qui rem. C. de SS. EE.* non diſtinguunt. Adhæc, ut inſignis ſit ea deterioratio, & ad perpetuum fundi dispendium pertineat hic requiritur, Mynſinger. *cent. 6. obſerv. 86.* Roland. à Valle. *conſil. 49. num. 22. vol. 2.* Hartmann. Piſtor. *lib. 1. quæſt. jur. quæſt. 28.* Menoch. *de arbitr. jud. lib. 2. caſu. 78. n. 3.* Iul. Clar. *lib. 4. ſentent. §. Emphyteuſis. qu. 26.*

Quod ſi tamen partem tantùm rei Emphyteuticæ deteriorem fecerit, ea tantum parte, non fundo privatur. 85

Per text. in l. reſcriptum. 6. & l. heres. 11. ff. de his, quæ ut indig. Et facit, quod pœna commenſuranda eſt delicto. *l. perſpiciendum. 11. l. aut facta. 16. ff. de pœnis. l. ſancimus. 22. C. eodem. confert item textus in Tit. 38. de Vaſallo, qui contra conſtitutionem Lotharii Regis benefic. alienavit. lib. 2. F.* Et ita recitet etiam Jacob. Concennat. *lib. 4. quæſt. jur. quæſt. 5. num. ult.*

Diſſen-

Dissentit Chassan. *in consuetud. Burgund. rubric. 4. §. 3. verb. De Maintenir. en bon. & convenable estat. num. 17.* Et obstare videtur *l. eadem dicemus. 4. §. Cato. vers. Quamvis.* ubi Bart. *ff. de verborum obligat.* Dn. D. Besold. *part. 1. delibat. ff. ex lib. 6. quæst. 8.* Schrader. *de feud. part. 9. cap. 6. num. 70.*

86 Et licèt Emphyteuta fructiferas arbores à se positas inciderit, in privationis pœnam incurrit; quippe cum & hæ arbores solo cedant, & ad dominum soli pertineant: *(a)* dominus autem soli Emphyteutici non sit Emphyteuta, sed is, qui in Emphyteusin id concessit. *(b)*

a) §. *Si Titius alienam. 31. Inst de rer divis. l. adeò quidem. 7. §. si alienam, & l. sed si meis. 26. §. arbor. pen. ff. de adquir. rer. dominio.* (b) *l. §. ult. ff. si ager. vectigal. vel Emphyteut. arg. l. fructus. 44. ff. de rei vind. l. fin. §. fructus. 6. ff. quæ in fraud. credit.*

87 Deinde culpa amittit Emphyteuta Emphyteusin suam, si debitam pensionem intra triennium non solvat, *(a)* vel si Ecclesiasticæ rei emphyteuta sit, intra biennium, *(b)* neque refert Emphyteuta pupillus vel minor sit. *(c)*

a) *l. 2. C. de jur. Emphyt. & c. ea autem 11. quæst. 12.* (b) *Novell. 7. c. 3. § scire autem & Novell. 120. c. 8. & Auth. qui rem. C. de SS. EE.* Berlich. *tom. 2. practic. concl. c. 46. num. 1.* Tuschus *pract. concl. tom. 3. conclus. 192. num. 1. lit. E.* (c) *per text. in l si tutoris. 23. C. de administr. tutor. vel curat.* facit huc quoad puberem minorem 25. annis *textus in t. 55. §. praterea si quis infeudatus. lib. 2. feud.*

88 Quod si tamen emphyteuta intra tempora lege constituta domino pensionem offerat; dominus *(a)* autem accipere eam recuset, ipse verò emphyteuta eam consignet & deponat ea formâ, quæ ad liberationem debitoris præscripta est, omninò tutus efficitur.

l. 2. In fin. C de jur. Emphyt. l. acceptam. C. de usur. l. obsignat. C. de solution.

89 Adhæc emphyteuta amittit emphyteusin culpa sua, si publicarum functionum apochas non præstiterit.

l. 2. C. de jur. Emphyt. Borcholt. *in Comment. de feud. cap. 3. numer. 18.* Donell. *lib. 9. Commentar. cap. 14.* adde *thes. 70. supr. hac disputat.*

90 Et & si volens jus suum Emphyteuticum aut meliorationes vendere, id domino priùs non denunciaverit, utis, si volet præferretur; aut denunciaverit quidem, sed ante emensum duorum mensium spacium, ante quam declaraverit se dominus, vendiderit alii; tum etiam, si non petierit à domino, ut facta quovis modo alienatione, novum emphyteutam in possessionem fundi Emphyteutici induceret; aut siquidem id desiderarit,

Digitized by Google

rarit, antequam tamen dominus se declaret, intra menses duos ipse fundum Emphyteuticum tradat ei, in quem alienavit: Et denique si domino quinquagesima precii, aut æstimationis non præstetur, quo casu eam præstandam esse suprà diximus.

l. Vltim. C. de jur. Emphyt. Hoc in praxi non observari tradit Valascus. *quæst. 18. num. 29.* Extinguitur etiam Emphyteusis (1) si quis neget se Emphyteutam esse. (2) Si neget se habere instrumentum Emphyteuticum, (3) si in precio mentiatur, ut minus solvat laudemium. Valascus. *quæst 8. num. 9. cum seqq.* (4) Extinguitur item Emphyteusis si fictam possessionem transferam per clausulam constitui possessorii? Valascus. *de jur Emph. qu. 14. n. 10.*

Nec potest emphyteuta, se adversus expulsionem tueri, si multas se 91
dicat meliorationes in fundo Emphyteutico instituisse; aut si proponat, convenisse initiò, ut si pensio non præstaretur, pœna nomine quidpiam domino penderet, & ejus pœnæ solutione ab Emphyteusis præstatione se liberare velit; aut si dicat, se per totum triennium vel biennium de pensione solvenda à domino interpellatum non esse; aut prætendat, quòd dominus post cessationem triennii vel biennii canonem acceperit; aut asserat, convenisse ab initio, ne ob pensionem non solutam expelleretur.

l. 2. C. de jur. Emphyteut. Donell. *lib. 9. Commentar. cap. 15. pag. 455. & seqq.*

Finita emphyteusi dominus fundum suum vindicare potest; (a) non 92
autem propria authoritate ex eo emphyteutam expellere. (b)

a) *l. Officium 9. ff. de rei vind. junct. l. 1. in fin. & l. seq. ff. si ag. vectigal. d. l. ult. in fin. ibi, jure Emphyteutico cadet & l. lex vectigali 31. ibi, & propterea pronunciatum esset, fundum domini esse. ff. de pignor.* (b) *d. l. lex vectigali 31. ibi, pronunciatum esset. ff. d. t. l. 3. C. de pignor. confert l. extat, 31 ff. quod metus causa.* Borcholt. *de feud. c. 3 num 30.* Dissentit post alios Mynting. *cent. 3. observ 65.* Vide Fachin. *lib. 1. controv. 95.* Menoch. *recuper possess. rem. 1. num. 78.* Dn. D. Belold. *libr. 6. ff. part. 1. delibat. quæstion. 10.*

De emphyteusi hactenus: LIBELLARIUS CONTRACTUS 93
EST convento, quâ interveniente scripturâ res alicui venditur certo precio certa insuper pensione in singulos annos constitutâ, hac lege, ut stato condicto que tempore contractus renovetur, rursus numerato certo, vel arbitrario precio.

Tit. 9. § donare. ibi, per libellum. ut dicatur venditio. Item ibi, sub vicesima duorum denariorum pensione, libr. 2. feudor. Cujac. *ad tit. 2. lib. 1. feud. pag. 80.* Vbi vide, & Ionan. Borcholt. *de feud. cap 3. num. 45.* Hunc

contractum desiderare scripturam patet *ex tit. 52 § si quis, ibi, libellum vel aliud instrumentum conscripserit. lib 2 feudor.*

94 Per libellum autem non solùm res feudalis, aut Emphyteutica, domino consentiente vendi, sed & allodialis res alicui concedi potest. *(a)* Et libelli nomine significatur etiam ipsum jus, quod aliquis ex hoc contractu adquirit. *(b)*

a) *Tit. 44. tibi, sed aut jure proprio, aut jure libelli, vel aliter, item vers. ultim. lib. 2. feudor.* Conan. *lib. 7. Comment. cap. 12. num. 12.* (b) *dict. tit. 44. in fin. ibi, libellum retinebit.*

95 Reliqua est species tertia contractuum, quibus obligatio constituitur literis, CHIROGRAPHARIUS scilicet CONTRACTUS. Est autem Chirographarius contractus conventio, *(a)* quâ pars una scriptam suam cautionem, de pecunia aliavé re sibi ex certa quadam obligationis expressâ causâ quasi data vel traditâ conceptam, tradit, parti alteri, à qua se eam pecuniam vel rem accepisse fatetur, & exacto biennio vi scriptæ illius cautionis, ad eam pecuniam vel rem reddendam efficaciter obligatur. *(b)*

a) *§. Prius est & §. seq. Inst. de obligat.* ex quo loco cognoscimus, obligationem literarum, de qua hîc agimus, esse ex contractu. Omnis autem contractus est conventio, *l. 1. §. conventionis. vers. adeò autem. ff de pactis.* ergo & hic contractus; mutuo enim consensu traditur & accipitur ea scripta cautio, & quidem in hunc finem, ut ex ea tradens, accipienti obligetur. (b) *§. 1. Inst. de literar. obligat. & l. in contractibus 14. C. de non numerat. pecun.* Quæ huic assertioni objici possunt, diluit Donell. *lib. 14. Comment. cap. 39.* Est autem notandum, quod dicimus, ex certa quadam obligationis expressa causa; est enim inutilis hæc scripta cautio, cùm quis eà confitetur, se quid debere, nulla certa obligationis causa expressa. *l. generaliter. 13. C. de non numerat. pecun. & l. cùm de indebito §. finali ff. de probat.* Donell. *d. libr. 14. cap. 37. pag. 356. vers. cautionum hujusmodi.*

96 Si quis ergo debere se scripserit, Titio, mutuam pecuniam, quæ tamen sibi numerata ab eo non est, de ea reddenda post biennium efficaciter obligatur.

Dict. §. 1. Instit. de liter. obligat. & d. l. in contract. 14. C. de non numerat. pecun.

97 Similiter si quis scripserit, si rem utendam à Titio accepisse, quæ tamen sibi tradita ab eo non est, elapso biennio efficaciter obligatur.

Dict. d. in contract. 14. C de non numerat. pecun.

98 Eadem ratione, si quis cautionem de hypothecæ emiserit, licet pecuniam, ob quam numerandam, rem hypothecæ opponere voluit,

non

non acceperit, exacto tamen biennio obligationis vinculo obstringitur.

l. 1 In fin. & l. in contract. 14 C. d. t.

Ex ejusmodi autem confessione & cautione aliqua scripta ita quis 99
obligatur, ut post biennium, quamvis dicat se paratum probare, nihil sibi numeratum vel datum esse, non sit audiendus, sed repudiata omni ejus querela, nihilominus cogendus sit solvere.

l. Si intra 8. in fin ibi, debitum solvere compellitur. l. adseveratio 10. ibi, exceptio evanescat, & dict. l. in contract. 14. in princ. ibi, nullo modo querela non numerata pecuniæ introduci possit, & §. illo, ibi, in his nec jusjurandum offerre liceat. C. de non numerat. pecun. hanc conclusionem contra adversam Dd. opinionem defendit Donell. *d. lib. 14. Comment. cap 38.*

Et nascitur ex hac literarum obligatione condictio ex lege, quâ 100
utitur is, qui numerasse pecuniam, vel quid dedisse scriptus est, adversus eum, qui ejusmodi cautionem exposuit.

Vt arguit. §. 1. vers. hoc enim sæpissimè constitutum est, Inst. de liter. oblig. juncta l. un. ff. de condict. ex leg. Dissentit Bartol. *id d. l. unic. n. 9.*

Ne quis autem in hujus obligationis laqueos incidat, intra bien- 101
nium, vel agenti ex scripta illa cautione, exceptionem, vel replicationem non numeratæ pecuniæ opponere; *(b)* vel sine actione creditorem inquerimoniam deducere potest, vel etiam condictione cautionem repetere. *(c)*

a) *Dict. §. 1. & §. multum autem tempus, Institut. de literar. obligat. l. 2. l. in contractibus, & toto titulo. C. de non numerat. pecun.* (b) *l. 1. & l. penultim. C. eodem.* (c) *l. si quasi 7. C. d. t.*

Ea querimonia creditori præsenti in scriptis manifestari debet; 102
vel si creditor à loco contractus absit, vel conventu sit difficilis, apud judicem ordinarium, vel defensorem civitatis, vel etiam Episcopum fiet.

Dict. l. in contractib. 14. §. penult. & ult. C. de non numerat. pecun. l. si præsens 21. C. de Episcopali audientia.

Hujus querimoniæ hic effectus est, quòd reus etiam post biennium 103
exceptionem perpetuam opponere potest.

l. Si intra 8. C. de non numerat. pecun.

Competit autem exceptio non numeratæ pecuniæ, non solùm reo 104
principali, sed & fidejussoribus ejus.

l. Tam mandato 12. & l. si cui 15. C. d. t.

Non impedit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quod hypo- 105
theca data, *(a)* vel cautioni jusjurandum additum est. *(b)*

a) *l. 1. l. 3. C. de non numerat. pecun.* (b) *l. ult. C. d. t.*

106 Cessat verò hæc exceptio, si promissor solutione portionis debitæ, vel usurarum, fidem cautionis agnoverit, (a) aut transactionis causâ, certam pecuniæ summam spoponderit. (b)

a) *l. 4. C. d. t.* (b) *l. si transactionis 11. C. eod. t.*

107 Cessat item, si quis argentarius certam quantitatem caverit. *Novell 136.*

108 Et quamvis etiam contra apocham exceptio sive replicatio non solutæ pecuniæ intra triginta opponi possit, (a) apochis tamen depositarum rerum, vel publicorum tributorum, (b) aut traditæ dotis, post dotalium instrumentorum confectionem expositis, (c) opponi nequit.

a) *Dict. l. in contractib. 14. § super cæteris Cod de non numerat pecun.*
(b) *d. l. in contractib § 1. Cod. d. tit & l. ult. C. de apochis public. tributor.*
(c) *d. l. 14. § 1. C de non numerat pecun.*

109 Est & illud hic notandum, quòd qui propriam scripturam, quæ convenitur, abnegat, vel numerationem inficiatus, convictus in duplum condemnatur, nisi post inficiationem sacramento illaco confiteatur; Tunc enim non punitur, nisi in expensas circa probationes factas, actoris juramento declarandas.

Auth. contra qui propriam C. de non numerat. pecun.

110 At si post numerationis inficiationem prætendat solutionem, omnino solidum exigitur, nec prodest jam facta solutio.

d. Auth. contra qui propr. C. de non numerat. pecun.

111 Quæ de reo hic dicimus, eadem etiam de actore intelligi volumus, ut si & is literas suas à reo prolatas abneget, in tantundem condemnetur.

d. Auth. contra qui propriam, C. de non numerat. pecun.

112 Quòd si etiam convenerit inter partes, ut conventio in scripturam redigatur non est illa perfecta, antequam scriptura illa perfecta fuerit.

l. contractus. C. de fide instrument. & §. 1. sed hoc quidem. Instit. de empt. & vendit.

CLAS.

CLAS. II. DISPUTAT. XV.

DE STIPULATIONE.

THESIS I.

EXcussis proxime contractibus Iuris civilis, quibus obligatio literis contrahitur: edisserendum nobis jam est de Iuris civilis [a] contractu, quo verbis obligatio constituitur: qui unicus est, [b] & proprio nomine stipulatio [c] dicitur. 1

a] Stipulationem juris esse civilis patet ex §. de constituta. Instit. de action. vide Iohan. Borch. ll. ad t. de Verbor. Obligat. in c. 1. nn. 65. & seq. [b] l. 1. §. verbis ff. de Oblig. & Action & 1. Inst de Verbor. Oblig. in princ. l. 1 §. conventionis. verb. adeò autem ubi sive verbis fiat, junct. 1. seq. ff de pact. Donell. ad Rubr ff. de verb. oblig num 7 & lib. 14. com. c. 36. sed obstare videtur, quod Cajus lib. 2. Inst. 1 de oblig. de dictione dotis & jurejurando liberi scribit. [c] d. l. 1. in fin ff. de pact. Tremel. vol. 2 disp. 27. th. 1. lit. B. Vasc. lib 1 I. R. c. 39 Dn. D. Beloid. in praecogn. ad l. 3. ff. de just. & jur. quæst 5 fol. 93. ubi citatis.

Est autem stipulatio contractus, [a] quo pars una verbis ore coràm prolatis interrogat partem alteram, an quid datura sit vel facturа: & pars altera similiter, verbis ore coràm prolatis se id daturam vel facturam illi continuò & congruè respondet. [b] 2

a] l. Non solùm 31 ff. de Oblig. & Action. §. ult. Inst de oblig. Gœd. l. de contrab. stipul. c. 1. concl. 3 num 27 & seqq. [b] l 1. in princ. ibi, nisi utroque loquente, item ibi, nec absens quidem & §. 1 §. si quis l. 2. in princ. l 5. § stipulatio, l. continuus 137 in princ ff de Verb. Oblig. l. 1. § hunc proximus & §§. seqq. l. obligamur 52. § verbis ff. de Oblig & Action. Instit. de Verbor. Oblig in princ. & § præterea. Instit. de inutil. stipul. Ex verbis quomodo voluntas contrahentium colligatur tradit Mantica de tacit. & ambig. convent lib. 2 t 5.

Sed quæritur sitne præsumenda stipulatio, vel pactio, si instrumento obligationis insertum sit verbum DABO? Scabini Lipsienses variant in qu 41. Ego puto si constet ex instrumento de facta interrogatione, præsumi stipulationem. 3

Per text. in l. jurisgentium. 7. §. Quod ferè. ubi Cujac. *ff. de pactis & l. 1. §. 2. & 3. ff. de Verb. Oblig.* Cujac. *ad l. 30. ff dict. t.* Quod si instrumentum saltem habeat verbum DABO, aut quod simile, non puto stipulationem contractam; quippe cum forma stipulationis contineatur & interrogatione & responsione; & verbum promitto significet etiam pactum, *l. sciendum §. dictum. ff. de edil. edict. l. unda 5. C. de contrah. stipul. l. si pacto quo pœnam C. de pact.* quin etiam pollicitationem *l. 3. ff. de pollicitationib.* multò magis verbum DABO. Zasius *in l. sciendum, & ad rubr. ff. de Verbor. Obligat.* ait si in privatis scripturis fiat promissio tunc intelligitur citra stipulationem (obligat tamen ut pactum nudum) Si notarius in instrumento ponat, præsumitur facta cum stipulatione. Vide quoque Zasium *ad d. l. sciendum. num. 4. & num. 10.* Quid si testis dicat Titium aliquid promisisse stipulationem intervenisse non præsumitur. Zasius *d. l. num. 17.*

4 Cæterùm in stipulatione duplex inspectio incurrit: una de conceptione stipulationis: altera de stipulationis obligatione & actione, quæ ex ejus conceptione quæritur. *(b)*

a) *l. 5. §. Stipulatio ibi verborum conceptio ff. de verb. oblig. Paul. lib. 2. sent. t. 3.* (b) *l. cùm patrem. 19. v. si verò, ibi, ex ea re verborum conceptione sibi Amnia quæsivit obligationem. C. de jur. dot. & t. t. ff. & Inst. de Verbor. Obligat.*

5 In stipulationis conceptione spectamus tum personas, quæ contrahere stipulationem possunt vel non, & quibus stipulari: item de quo quid promittere stipulanti possumus: tum id, quod in stipulationem deducitur: tum modum contrahendi stipulationem: tum denique stipulationis qualitatem.

Vide *th. 20. hac disp. infr.*

6 Stipulationem contrahere possunt omnes, qui fari *(a)* & fantem audire, *(b)* ac intelligere, *(c)* possunt: sive homo liber sit, sive servus, qui ex domini persona jus stipulandi, eique stipulando adquirit, *(d)* nisi cùm factum in stipulatione continetur: veluti, ut sibi ire, agere liceat; tunc enim sibi, non domino adquirit: *(e)* sive item sit paterfamilias, sive filiusfamilias, qui similiter non sibi adquirit, sed patri suo, nisi cum factum in stipulatione continetur; veluti, ire, agere licere; nisi item stipuletur ex causa sui proprii peculii; *(f)* nisi quis nominatim ex his Iure prohibeatur.

a) Nam stipulatio non nisi verbis fit, *l. 1. §. pen. v. ult. ff de pact. l. 1. §. verbis, & l. obligamur 52. §. verbis ff. de O. & A. Inst. de verb. oblig. in pr.* Et stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente, *l. 1. in princ. ff. de Oblig. & Action.* (c) Stipulatio enim ex consensu contrahentium valet,

§ post

§. *post mortem. verſic. ſed cùm, Inſt. de inutil. ſtipulat.* & niſi conſenſum habeat, nulla eſt *l. 1. §. pen. v. nam & ſtipulatio ff. de pact.* unde qui non intelligit loquentem, ſtipulationem contrahere nequit, §. *ſed quod diximus. v. nam infans. Inſt. de inutilib. ſtipul.* (d) *Inſt. de ſtipul. ſervo. in pr. & §. 1.* (e) §. *ſed cùm factum. 2. Inſt. d. t.* (f) §. *1. verſ. idem juris. Inſt. d. t. & l. quod dicitur. 13 ff. de V. O.*

Infans ergò, item mutus, ſurdus, furioſus, ſtipulationem contrahere 7
nequeunt.

l. 1. §. Furioſus & §§. ſeqq. ff. de O. & A. §. mutum §. furioſus, & §. ſed quod diximus, v. nam infans, Inſt. de inutil. ſtipulat. Molinæ. *ad l. 1. §. eadem. 6. num 3. & 4. ff. de verb. oblig.* Gœdd. *de contrab. ſtipul. c. 7. concl. 9. num. 97. & ſeqq.*

Pupillus tamen infantiæ proximus, licet non intelligat, quid agatur, propter utilitatem tamen receptum eſt, rectè eum ſtipulari. 8

l. Servum 6. ff. rem pupill. ſalvam fore, l. 1. §. huic proximus verſic. ſed quod ad hunc ff. de O. & A. & §. ſed quod diximus 10. v. ſed in proximis infantiæ. Inſt. de inutil. ſtipul. Vbi Ego *in Comment.*

Pupillus quoque pubertati proximus licet fari, & fantem audire 9
poſſit, ſtipulanti tamen, ſine tutoris authoritate ſi quid promittat, civiliter non obligatur, (a) licèt obligetur naturaliter, etiamſi ex contracto negotio locupletior factus non fuerit: (b) Proindeque nec infantiæ proximus pupillus, ex ſtipulatu ſine tutore obligatur, in tantum ut ne quidem naturaliter ſine tutore eum obligari putemus, (c) niſi factus ſit locupletior. (d)

a) §. *Pupillus omne negotium. 9. Inſt. de inutil. ſtipul. l. contra. 28. ff. de pact. l. obligari. 9. in princ. ff. de auctor. tut.* (b) *l. cum illud. 25. §. 1. ff. Quand. dies legat. l. ſi pupillus 127. ff. de verb. obl. l. ſtichum. 95. §. aditio hereditatis, ff. de ſolutio, l. 1. in fin. ff. de novat.* (c) *l. pupillus 59. ff. de oblig. & act. & l. quod pupillus 41. ff. de condict. indebit.* (d) *l. naturaliter. 13. in fin. & l. ſeq. ff. de condict. indebit. l. jure naturæ. ff. de Reg. Iur. l. planè. ff. de petit. hæredit. junct. §. pupillus. verſic. ſed in primis. Inſtitut. de inutil. ſtipulat.*

Pubes tamen etiam ſine curatore ſuo ex ſtipulatu etiam civiliter 10
obligatur.

l. Puberes. 101. ff. de verb. obl. ſtipulatione enim firmitas obligationum cæterarum, ad quas accedit, conſtringitur, *Iul. Paul. lib. 5. recept. ſentent. tit. 7. in princ.* Nunquam eſt ſola ſtipulatio, ſed ad cæteras conventiones & obligationes accedit, *l. 5. §. conventionales ſunt, ff. de verb. obl. l. 3. ff. de reſcind. vend. l. 3. C. de donat. ante nupt.* Mirum itaque videri haud debet, quòd pubes licet non ex aliis contractibus, ex ſtipulatu

pulatu tamen sine curatore suo obligetur: quippe cum duo vincula fortius ligent, quàm unum *arg. §. sed hodie. vers. si verò pater ubi gloss. Inst. de adoptio.* & ad hoc inventa sit stipulatio, ut cæteras obligationes, ad quas accedit, firmet, *Iul. Paul. d. lib. 5. c. 7. in princ.* & facit textus *in princ. tit. Inst. de verb. oblig.* ibi quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur. Et quamvis stipulatio non extendat contractum, tamen intendit. Zasius *in l. stipulant. numer. 6. ff. de verbor. obligat.*

81 Similiter prodigus, cui bonis interdictum est, stipulari promittendo non obligatur, *(b)* neque obligatur quis promittendo ei stipulatori, cujus Iuri subjectus est, veluti patri filius, aut domino servus, vel his illi. *(b)*

a) *l. Is cui. 6. ff. de verb. obl.* (b) *§. item inutilis est stipulatio. 6. Inst. de inutil. stipul.*

82 Interdicitur autem prodigo bonis ipso jure, si manifestè & notoriè prodigus sit, *(a)* sed si dubium fuerit prodigus sit nec ne, à magistratu bonis ei interdicitur. *(b)*

a) *l. Is cui. 18 in princ. ff. Qui testamenta fac. possunt, l. 5. §. 1. ff. de adquirend. vel amittend. hered. l. 1. in princ. ff. de Curat. fur.* sed post Cujac. & alios dissentit, Iohan. Borcholt. *in Commentar. ad t. de verb. oblig. cap. 3. num. 55. & seqq.* (b) *l. Iulianus. 10. & l. pen. §. 1. ff. de Curat. fur.* Hanc quoque distinctionem agnoscit Ius provinciale Würtembergicum *part. 2. t.* von vnnützen Haußhaltern / *pag. 249.* eamque defendit Donell. *in d. l. is cui 6 ff. de verb obl.* Dissentit Zasius *ibidem num. 16.* & Cujac. *ad d. l. is cui 18. ff. Qui testamenta fac. possunt.* Item Andr. Gail. *libr. 1 observ. pract. observ. 51. num. 2.* & Iohan. Borcholt. *ad t. de pact. §. n. 10 & ad t. de verb. obl. c. 3. n. 55. & seqq.* vide *supr. classi. 1. disput. ultim. thes. 25.*

83 Denique si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio.

l. Si unus 19. ff. de servit. rusticor prædior.

84 Atque hæ sunt personæ, quæ contrahere vel non contrahere stipulationem possunt: stipulari autem possumus non modo nobis, sed & his, qui nostro Iuri subjecti sunt, veluti nostro servo, & filiofamilias, *(a)* item, stipulari possumus ei, cujus Iuri subjecti sumus, puta patri vel domino nostro. *(b)*

a) *§. Si quis 4. vers. ei qui Iuri tuo. Inst. de inutil. stipulat. l. dominus 39. l. quod dicitur 130. ff. de verb obl.* (b) *§. si quis alii Inst. de inutil. stipul. l. stipulatio ista. 38. §. alteri stipulari. l. si filium meum. 40. ff. de verbor. obligat.* Cum autem soli filio, qui in potestate sua sit, dari quis stipulatus sit, non rectè

Digitized by Google

rectè filio ſolvitur, *l. eum qui. 56. §. quod ſi ſoli. ff. de verb. obl.* Hunn. *in reſolut.* ad Treutl. *vol. 2 diſp. 27. th. 2. qu. 17.*

Sed quod dicitur, patrem filio utiliter ſtipulari, hoc in his verum 15
eſt, quæ juris ſunt, quæque adquiri patri poſſunt, (a) ut quæ rei dationem continent, (b) alioqui ſi factum conferatur in perſonam filii, inutilis erit ſtipulatio: veluti ut tenere ei, vel ire agere liceat. Contra autem filius etiam ut ire patri liceat, ſtipulando adquirit ei: imò & quod in ſuam perſonam conferre non poteſt, hoc patri adquirit. (c)

a) *Dict. §. ſi verò in fin. Inſt. de inutil. ſtipul.* (b) *l. 2. Cod. de contrahend. & committ. ſtipulat. l. eum qui ita. § qui ſibi. in fin. & l. ſtichum, §. quæſitum, ff. de ſolut.* (c) *d. l, quod dicitur. 130. ff. de verb. obligat.*

Similiter rectè alteri ſtipulamur, ſi noſtra interſit eidem quid dari 16
vel fieri: veluti, ſi à contutore meo, cellà ei adminiſtratione tutelæ ſtipuler, rem pupilli ſalvam fore, aut ſi procuratori vel creditori meo quid dari ſtipuler, (a) quin etiam ſervus publicus, id eſt, tabellio pupillo rem ejus ſalvam fore ſtipulari poteſt. (b)

a) *§. Sed etſi quis ſtipuletur alteri. Inſtit. de inutil. ſtipul. l. ſtipulatio iſta. 38. § ſi ſtipuler alii, 20. §. ſi quis ergo, & §. ſeq. ff. verb. obl.* (b) *l. 2. 3. & 4. ff. rem pupilli ſalvam fore.* Bachovius *in not. ad* Treutl. *vol. 2. diſp. 27. theſ. 2. lit. F. pag. mihi. 829.*

Cæterum alii alicui ſtipulari non poſſumus. Inventæ enim ſunt ſti- 17
pulationes ad hoc, ut unuſquiſque adquirat ſibi, quod ſuâ intereſt. Cæterum ut alii detur, nihil noſtra intereſt, niſi pœnam nobis ſimul ſtipulemur, veluti niſi dederis ei, tot aureos mihi dare ſpondes.

§. Alteri ſtipulari, 18. & § ſi quis alii 4. Inſt. de inutil. ſtipulat. & d. l. ſtipulatio iſta 38 §. alteri ſtipulari, 17. ff. de verb oblig. Obſtare videtur. *l. ult. C. per quas perſon. nob. acquir. l. traditio. 20. §. fin. ff. de acquir. rer. domin.* Vide Donell. *in d. l. ſtipulatio. 38 §. 13. num. 3. & 5. ff. d. V. Oblig.*

Si quis ergo ſibi & alii extraneo decem aureos dare ſtipulatus eſt, ſti- 18
pulatio quidem valet, ſed quoad partem dimidiam, quam ipſi ſtipulatori adquiri placuit.

§. Si quis alii. 4. verſic. quod ſi quis ſibi. Inſt. de inutil ſtipulat. Obſtare videtur *l. ſtipulatio. 38. §. eum qui. 19. ff. de verb. oblig. & l. 79. ff. de legat. 1.* Vide Commentar. *meum ad prine. Inſt. de verbor. obligat. num 59. & ſeq.*

Planè ſolutio etiam in extraneam perſonam utiliter conferri poteſt; 19
veluti, ſi quis ita ſtipuletur: mihi aut Sejo dare ſpondes: ut obligatio quidem ſtipulatori adquiratur, ſolvi tamen Sejo, etiam invito ſtipulatore, poſſit, ut liberatio ipſo jure contingat.

§. 4. Verſic. planè ſolutio Inſtit. d. tit. & l. eum qui ita ſtipulatur. 58. § qui ſibi aut filio, & l. ult. §. cum mihi aut Titio. ff. de verbor. obligat. l. Stichum aut Pamphilum. 95. § quæſitum ff de ſolutio.

20 Quemadmodum regulariter nemo alii stipulari potest: ita vice versa, nemo alium daturum vel facturum promittere potest, (a) nisi heredem suum daturum facturumve, (b) aut pœnam, veluti centum, nisi alius ille det vel faciat, daturum se, vel quanti ea res est, (c) ipse promiserit, aut sponderit, se curaturum, ut alius det vel faciat, (d) veluti si promiserit habere licere, vel dolum malum abesse, (e) vel quempiam judicio sisti. (f)

a) § *Sed & si quis. 19. §. vice versa. 20. Instit. de inutil stipulat. l. stipulationum. 5. §. stipulatio autem. 1. sibi daturum facturumve se, l. stipulatio ista. 38. in princ. & §. 1. d. l. inter stipulantem. 83. in princ ff. de verbor oblig.* (b) *d. l. stipulatio ista. 38. §. sed si quis, 1. & d. l inter stipulantem. 83. in pr. vers. idemq; in illis, ff. de verb. oblig.* (c) *d. §. vice versa, 20. Instit. de inutil. stipul. d. l. stipulatio ista. 38. § at si quis, 2. ff. de verbor. obligat.* (d) *d. §. si quis alium. 2. Inst. de inutil. stipulat.* (e) *d. l inter stipulantem. 83. in princ. ff. de verbor. obligationib.* (f) *l. quoties quis alium. 81. ff. d. tit.*

21 In stipulationem quid deducatur nunc dispiciendum. Deducitur autem in stipulationem tum res: tum factum.

§ *Non solum res, 7. Inst. de verb. oblig.*

22 In rei stipulatione triplex inspectio incurrit. Vna quæ res deduci in stipulationem possit, vel non: Altera quo fine ea in stipulationem deducatur, an ut detur, vel ut tradatur: Tertio de errore, qui circa rem in stipulationem deductam contingit.

23 In stipulationem deduci potest res omnis, quæ dominio nostro subjicitur, sive illa mobilis sit, sive soli. At quæ in rerum natura non est, aut esse non potest: velutiStichus, qui mortuus sit, aut hippocentaurus, aut domus deusta in stipulationem deducatur, inutilis est stipulatio.

Inst. de inutil. stipulationib. in princ. & l. 1. § sed si id quod ff. de obligat. & actionib.

24 Est item inutilis stipulatio, si res sacra vel religiosa, aut res publica, quæ usibus populi perpetuò exposita est, ut forum vel theatrum, item Campus Martius, tum etiam liber homo in stipulationem deducatur.

§. Idem juris est. 2. Inst. de inutil. stipul. d. l. 1 § si id quod, ff. de obligat. & actionib. §. sacræ res. Instit. de Rerum divisio l. inter stipulantem 83. §. sacram, ff de verbor obligat. l. sed celsus 6. in princ. ff. de contrab. emption. & venditon.

25 Similiter inutilis est stipulatio, cum quis stipulatur sibi rem dari, cujus commercium non habet, etiamsi ea res in promittentis sit commercio, (a) veluti si Iudæus stipuletur sibi dari mancipium Chri-

stianum,

ſtianum; (b) aut præſes provinciæ ſibi dari ſtipuletur prædium provinciale.

a) *Dict. §. idem juris eſt, 2. verſ. vel cujus. Inſt. de inutil. ſtipul. l. multum intereſt 34 ff. de verbor. oblig.* (b) Iudæus enim Chriſtiani mancipii commercium non habet, *l. un. C ne Chriſtian mancip.* (c) præſes enim prædii provincialis commercium non habet, *l. qui officii. 62. ff de contrahend. emption. l. principalibus 13. ff. de cred. l 3. C. ſi cert. petatur. infr claſſ 3. diſput. 8. theſi 22.*

Si quoque rem ſuam, quis dari ſibi ſtipuletur, inutilis eſt ſtipula- 26
tio, (a) niſi ea ſtipulatio ſit conditionalis, & res tempore exiſtentis conditionis deſiit eſſe ſtipulatoris, (b) niſi item dominus à fure rem ſuam ita ſtipuletur, quod ex cauſa condictionis dare facere oportet: quia facta ſtipulatione, ſi res furtiva ſine mora furis pereat, evaneſcit condictio. (c)

a) *Dict. §. idem Iuris, 2. verſ. ult. Inſt. de inutil. ſtipul. l. 1. §. nec minus, ff. de oblig. & actionib. l. nemo rem ſuam 82. ff. de verbor. obligation.* Hinc etiam ſi quis ſtipuletur rem ſuam futuram in eum caſum quo ſua fit, inutilis eſt ſtipulatio: veluti ſi fundum tibi legatum ſub conditione, ſi navis ex Aſia venerit, ſub eadem illa conditione, tibi dari ſtipuleris, §. *item nemo. Inſt. de inutil. ſtipul. dict. l. nemo 82. ff. de verb. oblig.* Quod etiam proprium alicujus eſt, amplius ejus fieri nequit, §. *ſed ſi rem. Inſtit. de legat.* cum dominum ex pluribus cauſis haberi non poſſit, *l. 3. §. ex pluribus, ff. de adquir. vel amit. poſſeſſ. l. non ut ex pluribus. ff. de R. I.* (b) *l. ſi rem meam. 31. l. exiſtimo 98. in princ. ff. de verbor. obligat.* (c) *l. ſcire debemus 29. §. ult. ff. d. tit. & l. quidem 72. §. idem reſponſum eſt, ff. de ſolut.*

Eſt autem adeò inutilis ſtipulatio prædictarum rerum, ut nec ex 27
poſt facto convaleſcat: veluti ſi poſt ſtipulationem, res ſacra aut religioſa fiat profana, vel publica fiat prjvata, vel liber homo fiat ſervus, vel ſtipulator ei commercium habere incipiat, vel res ſtipulatoris propria fiat aliena.

§. *Idem juris. 2. verſic. nec in pendenti. Inſtit. de inutil. ſtipul.* in ſtipulationibus enim id tempus ſpectatur quo contrahimus, *l. non omne 144. §. in ſtipulationibus, ff. de Regul. Iur. l. ſi filiusfamilias. 73. ff. de verb. oblig.* Et quod ab initio vitioſum eſt, tractatu temporis non convaleſcit *l. quod initio. 29. & l. pen. ff. de R. Iur.*

Et contra licèt tempore contractus utiliter res in ſtipulationem de- 28
ducta ſit, puta ſi fuerit profana vel privata, vel ſervus, vel in commercio ſtipulatoris fuerit, vel res fuerit aliena non ſtipulatoris: ſi tamen poſtea vel ſacra fiat, aut religioſa publicavè, vel ex ſervo liber fiat homo, vel res commercio ſtipulatoris eximatur, vel ſtipulatoris fiat propria, prorſus extinguitur ſtipulatio.

§. *Item contra. Instit. de inutil. stipul. & d. l. inter stipulantem 83. §. sacram, ff. de verb. oblig.* Est enim una eademque causa obligandi & liberandi. Obligamur, quia dare possumus, Liberamur, quia dare non possumus, *d. l. inter 83. §. sacram, ff. d. tit.* Et ea quæ initio rectè constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum reciderunt, à quo non potuissent consistere, *l. existimo 98. l. si sub una 36. § fin. l. pluribus 140. §. etsi, ff. de verb. oblig. l. 3. in fin. ff de his quæ pro non script. habentur. l. pro parte 11. ff. de servitut.*

29 Si tamen facta stipulatione rei alienæ, res ea stipulatoris postea ex causa onerosa fiat, veluti emptione vel permutatione stipulatio non extinguitur, sed pretium rei stipulatori debetur. (a) Vnde licet sub alternatione res aliena in stipulatum sit deducta & alterutra res ex causa onerosa stipulatoris efficiatur, pretium tamen ejus rei alternativè in obligatione est. (b)

Dict. l. inter stipulantem. 83 §. si rem, ff. de verb. obl. & l ex promissione 19. ff de oblig. & act. §. si res aliena. Inst. de legat. (b) *arg. l. non quacunque modo. 82. §. fin. & l. hujusmodi. 84. & si Titio Stichus. ff de leg. 1. junct. §. si res aliena. Inst de leg. item argum. d l i . er 83. §. si rem. ibi actus fuero ex causa lucrativa. ff. de verb. obl. & d. l. ex promissione 19 vers. sicut ex contrario, ff. de obl. & act.* Iacob. Cujac. *ad l. si Stichum aut Pamphilum 16. ff de verb. oblig.* quem sequitur Iohan. Borcholt. *in Comment. ad eundem titulum c 5. num. 31. & seqq.* At post Accurs. Hugo Donell. *ad d. l. si Stichum. 16 ff. de verbor. obligat.* existimat ne quidem æstimationem in obligatione esse, licèt ex causa onerosa rem alterutram stipulator consecutus sit.

30 Denique inutilis est stipulatio ejus rei, quæ jam ex stipulatu ipsi stipulatori sine exceptione debetur. Cum enim promissor ex priore stipulatione sit obligatus, ex posteriore non tenetur.

l. Si dari stipuler. 25 ff. de verb. oblig. Ratio est, quia in posteriore stipulatione nihil amplius est, quàm in priore, proindeque posterior non valet *per §. ex contrario, & §. sed si uxori, Inst. de legat.* Confirmat eandem hanc sententiam textus *in l. qui usumfructum 58. ff. de verb. obligat.* ubi Vlpian. IC. tradit inutilem esse stipulationem ususfructus ejus fundi, qui fundus antea in stipulationem est deductus, eo quod prior stipulatio totum, posterior verò partem ejusdem rei continuat. Atque ita sentit etiam Accurs. *in d. l. scire debemus. ff. de verb. obl.* item Zasius, Duaren. Alciat. Coral. & Donell. *in l. quibus. 18. ff d t.* & Borcholt. *in Comment. ad d. t. c 5. n. 28. & seq.* At dissentit Accurs. Æmil. Ferret. & Cujac. *ad d. l. quibus. ff. eod. t.*

31 Sequitur quo fine res in stipulatum deducatur: Deducitur autem in sti-

In ſtipulationem, ut ſtipulatori vel detur vel tradatur à promiſſore. Vnde ſtipulationum quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtere dicuntur.

l. 2. In princ. & l. ſtipulationum. 5. § ſtipulatio ibi daturum factumve ſe. ff. de verb. obligat. ſtipulatio in faciendo conſiſtens, complectitur etiam ſtipulationem, qua agitur ut res tradatur, *l. 4. ibi, factum tradendi. ff. de uſur. l. ſtipulationes non dividuntur. 72. in princ. l. ubi autem. 75. §. qui id quod. ff. de verb. obl.*

In dando conſiſtit rei ſtipulatio cum inter ſtipulantem & promittentem id agitur, 32
ut hic in illum rei, quæ in ſtipulationem deducitur, dominium ſive proprietatem transferat.

l. Vbi autem non apparet. 75. & §. fin ff de verb oblig. l. non videntur data. 167. ff de R. I. §. ſic itaque diſcreris Inſt de actio.

In tradendo conſiſtit rei ſtipulatio, cum ſtipulatori non dominium, 33
ſive proprietas, ſed tantum poſſeſſio rei, id eſt, corporis cujuſdam promittitur.

l. Si rem tradi 28 ff. de verb. obl.

Et licet rem meam mihi dari non rectè ſtipuler: tradi tamen rem 34
meam, id eſt, rei meæ poſſeſſionem mihi tradi, ſive reſtitui, utiliter ſtipulor.

l. Si aliquam 28 verſ. nam etſi rem, ff de adquirend. vel amittend. poſſeſſion. l. 4. §. Labeo, ff. de dol. mali except. & l. ſi pater tuus C. de actio emption.

Interdum autem non ſimpliciter rem ſive poſſeſſionem ſibi tradi 35
ſed vacuam poſſeſſionem ſibi tradi quis ſtipulatur: quæ ſtipulatio, ut omnis ſtipulatio rem ſive poſſeſſionem tradi, ſi ex cauſa transferendi dominii fiat, (a) non nudum factum, ſed cauſam bonorum continet, (b) id eſt, ut liceat ſtipulatori rem in bonis habere, ita ut evocari non poſſit. (c)

a) *l. Si pater tuus 8. C. de act empt. l. 2. C. de adquirend vel amitt. poſſeſſion. l. 3. in princ junct. §. 1. ff de act. empt.* (b) *l. in conventionalib 52. §. ult. ff de V. O.* (c) *per l. 3. §. ult. & l. 3 in princ. ff. de act empt.* Duar. Coral. & Donell. *ad d. l 52. §. ult ff. de verb. obl.* quos ſequitur Borcholt. *in Comment. ad d. t. 6. 5. num. 65. & ſeqq.* ſed Azo per cauſam bonorum intelligit dominii tranſlationem, Accurſ. verò ibid. ſcilicet *ad d. l 52. §. ult.* & Cujac. *in l. rem tradi 28 ff de V. O.* per cauſam bonorum intelligunt omnem utilitatem, quæ rem ipſam comitatur. At utramque hanc interpretationem rejicit Donell. *ad d. l. 52. §. ult ff. d. t.* & Borcholt. *t. 5. num. 56. & ſeqq.*

Videndum nunc de errore, qui circa rem in ſtipulatum deductam 36

interdum contingit. Contingit autem error, vel in rei corpore, vel in ejus materia, vel in qualitate rei, vel in nomine ipsius.

l. In venditionibus 9. §. si in nomine. 1. & §. seq. l. quid tamen 14. ibi si in materia & qualitate ambo errarent, l. cum ab eo 41. §. ult. & l. Labeo 45. ff. contrah. empt. l. si id quod aurum. 22. & l. si in nomine 32. ff. de verbor. obligat.

37 Cum in corpore, id est, in ipso rei individuo contrahentes errant, veluti cum quis stipulatur hominem, & de alio stipulator, de alio item promissor senserit, nihil agitur, & inutilis est stipulatio.

l. Inter stipulantem 83. §. si Stichum stipulatus, & l. continuus 137. §. 1. ff de verb. oblig. Vide Iohan. Borcholt. *in Comment. ad eund. t. c. 5. n. 85. & seqq.*

38 Si autem in corpore consentiant partes, in materia sive substantia dissentiant, veluti si id, quod aurum putabam, cum æs esset stipulatus de te fuero, valet stipulatio, & teneris mihi hujus æris nomine.

Dict. l. si id quod aurum 22 ubi Donell. *ff. de verb. obl. & l. 1. §. ult. ff. de pig. act.* sed obstare videtur, *d. l. 9. in fin. ff. de contrah. empt.* vide Borcholt. *d. c. 5. num. 73. & seqq.*

39 Similiter si contrahentes in corpore consentiant, errent autem in qualitate, utpote si stipulator æneum vas inauratum putet, cum sit aurichalco tinctum, vel putet vestem esse novam, cum sit interpolata, valet stipulatio, & vas sive vestem, quæ promissa est præstare promissor tenetur.

Dict. l. Labeo 45. ff. de contrab. emption. & l. quid tamen. 14. ff. eod. titul.

40 Quod si in nomine rei errent contrahentes, in corpore autem consentiant, similiter valere stipulationem placet.

Dict. l. si in nomine 32. ff. de V. O. Iohan. Borcholt. *in Comm. ad d. t. c. 5. n. 81. & seqq.*

41 Atque hæc de re, quæ in stipulationem deducitur; sequitur de facto, quod similiter in stipulationem deducitur. Per factum autem hic intelligimus omnem actum, quo non res vel datur vel traditur, sed quid aliud quocunque modo fit, veluti domum ædificare, Insulam fulcire, fossam fodere, *(a)* servum manumittere, *(b)* curare decem dari, *(c)* item pecuniam credere, nulla scilicet expressa quantitate. *(d)*

a) *l. Si ita stipulatus 14. l. stipulantes non dividuntur. 72. in princ. vers. idem puto, & §. ultim. l. ubi autem. 75. §. qui id quod, ff. de verbor. oblig.* (b) *l. si minor. 66. ff. d. tit.* (c) *l. illa stipulatio. 67. §. 1. ff eod.* (d) *l. si pœnam 68. ff. d. tit.* stipulatio quidem rem tradi, est iridem facti stipulatio. *d. l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. v. idem puto. ibi, ut puta fundum*

dum tradi, & dict. l. ubi autem. 75. §. qui id quod, ibi, vacuam poſſeſſionem tradi. ff. d. tit. Quin etiam ipſa datio rei factum aliquod eſt, *l. verbum facere. 218. ff. de verb. ſign.* ſed quando Juſtin. Imper. *in §. ult. Inſtit. de verb. obligat.* non ſolùm ait res in ſtipulationem deduci poſſunt, ſed etiam facta: per facta intelligit omnes actus, quibus quid ita fit, ut nullares ad ſtipulatorem tranieat. Donell. *ad l. 2. n. 6. ff. de verbor. obligat.*

Per ſtipulationem facti intelligimus etiam ſtipulationem non fa- 42
cti: veluti ſtipulationem per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat.

§. Vlt. Inſt. de verbor obligat. & l. ſtipulationum. 2. §. item ſi in. pen. & l. idem juris eſt. 3. §. 1. ff. dict. titul.

Cum autem ſtipulatio in faciendo vel non faciendo conſiſtens in- 43
certa ſit, (a) proindeque intereſſe tantùm in ea ſpectetur, (b) quantum verò interſit obſcurum ſit, cùm aliàs minus interſit, (c) & in iis, quæ obſcura ſunt, id quod minus eſt, ſequamur, (d) idcirco optimum fuerit, in hujuſmodi ſtipulationibus pœnam ſubjicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, ac neceſſe ſit alteri probare, quod ſua interſit. (e)

a) *l. Vbi autem. 75. §. qui id. 7. ff. de Verb. Oblig.* (b) *l. ſi pœnam 68. ff. d. t. l. ultim. ff. Si quis in jus vocat. non ierit.* (c) *l. in interdicto 6. ff. de vi & vi armata.* (d) *l. ſemper. 9 ff de reg. jur.* (e) *§. ultim. Inſt. de verb. oblig. l. cùm quid 71. l. continuus. 137 §. pœna. ff. dict. tit.*

Si tamen turpe factum in ſtipulationem deducatur, nullius eſt mo- 44
menti, ut etiam ab initio non valuit ſtipulatio, (a) veluti, ſi quis homicidium vel ſacrilegium ſe facturum promittat, vel promittat ſtipulatorem heredem ſe facturum. (b)

a) *l. Generaliter 26.* ubi vide omnino Donell. *& l. ſi flagitii. 123. ff. de verb. obligat. l. juriſgentium 7. §. 3 ſi ob maleficium, ff. de pact.* (b) *l 45 C. de inutil. ſtipulat. & l ſtipulatio hoc modo concepta 61. ff. de verb. obligat.* ſunt tamen leges ex quibus effici poſſe putatur ſtipulationem turpem ab initio non eſſe nullam, ſed exceptione eam infirmari, id quod de ſtipulationibus naturæ, ſive juregentium turpibus Cujacius ſcribit *ad d. l. generaliter. 26. ff. de verb. oblig.* leges illæ ſunt hæ: *l. pen. ff d condict. ob turp. cauſam & l. 1. C d t.*

Succedit ſtipulationis concipiendæ inſpectio tertia, de modo con- 45
trahendi ſtipulationem: qui duplex eſt: ſubſtantialis & accidentalis. Subſtantialis modus contrahendi ſtipulationem eſt, qui ad formam ſtipulationis pertinet: veluti, ut ſtipulatio fiat per interrogationem & reſponſionem, (a) ut iſta rei interrogatio & reſponſio fiat verbis coràm ſive inter præſentes prolatis, (b) ut reſponſio fiat continuò, id eſt, nullo

extra-

extraneo actu interveniente, (c) item ut responsio sit congrua interrogationi. (d)

a) *l. 1. § verbis & l. obligamur. 52. §. verbis. ff. de obligat. & Actionib. Instit. de verbor. obligat. in princ. l. stipulationum. 5. §. stipulatio. 1. dict. tit.* (b) *l. 1. in princ. ibi. & ideò neque mutus: item, ibi, nec absens quidem & §. si quis ita. 1. contra si sine verbis ff. d. t.* vide quæ objicit Borcholt. *in Comment. ad eund. tit. cap. 1 num. 17. 35. & 36.* (c) *l. 1. §. 1. & l. continuus. 137. in princ. ff. de V. Obl.* (d) *dict. l. obligamur. 52. §. verbis, ibi congruens responsio, & §. ult. ibi, dummodo congruè respondeatur. ff. de oblig. & action.* Illud tamen notandum, ut si stipulatio non sit ritè concepta, quod nihilominus valeat ut pactum, Zasius, *in rubr. de verb. oblig. num. 10.* Nisi partes aliud egerint, Zasius *in l. stipulatio. §. si quis ita. num. 14. & 27. vers. fallit primo.*

46 Si quis ergo simpliciter interrogatus, responderit, si illud factum erit, dabo, non obligati constat: aut si ita interrogatus intra Kalendas quintas responderit, dabo Idibus: æquè non obligatur: ut nec obligatur, qui purè stipulanti sub conditione promittit vel contra.

Dict. l. 1. §. si quis simpliciter. 5 ff. de verb. obl. & §. præterea inutilis est. 1. aut si illi purè. Inst. de inutilibus stipul.

47 Et generaliter quoties promissor adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse stipulationem; nisi stipulatori diversitas responsionis illicò placuerit; tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.

Dict. l. 1. §. si quis simpliciter. 3. versic. cùm adjicit aliquid. ff. de verbor. obligationib.

48 Si tamen stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, utilis est stipulatio quoad decem, ut & si me viginti interrogante, tu decem respondeas, utilis est stipulatio in decem. Licet enim oportet congruere summam: attamen manifestissimum est viginti & decem inesse.

Dict. l. 1 §. ei stipulanti mihi decem. ff. de verb. obl. & d. §. præterea inutilis Inst. de inutilibus stipulationibus. Gœdd. *de contrahend. stipulat. cap. 1. conclus. 1 num. 64.* Arumæus. *Exercit. 13 thes. 5.*

49 Accidentalis modus contrahendi stipulationem est, quo stipulatio fit, tum purè, vel in diem, vel sub conditione: *(a)* tùm sub alternatione: *(b)* vel generaliter, aut specialiter; *(c)* tum etiam quo duo pluresvé rei stipulandi vel promittendi constituuntur. *(d)*

a) §. *Omnis stipulatio. 2. Instit. de verbor. obligat.* (b) *l. 2. §. 1. in fin. l. si ita stipulatus. 12. l. si Stichum 16. in princ. ff. dict. tit.* (c) §. *præterea si quis generaliter. Instit. de act. l. 2. §. 1. ff. de verbor. obligat.* (d) *tot. tit. ff.*

de

de duobus reis constit. & tot. tit. Cod. de duob. reis stipulat & promitt. & tot. t. Instit. eod.

Purè fit stipulatio, cùm illi neque dies, neque conditio adjicitur: veluti quinque aureos dare spondes, (a) item cùm stipulor decem aureos annuos mihi dari, (b) vel quod idem est, cùm stipulor decem aureos in singulos annos mihi dari. (c) 50

a) *Dict. §. omnis stipulatio 2. Inst. de verb. oblig.* (b) *§. at si stipulemur 3. Instit. d. t.* (c) *l. si Stichum aut Pamphilum 16. §. 1. ff. eod.* Quod autem stipulatio decem in annos singulos dari, tantundem valeat, quod stipulatio decem annua dari arguit. *l. cùm hi §. si in annos singulos, cum § seq. ff. de transact.* ex quo loco & illud constat, stipulationem decem quotannis dari nihil differre à stipulatione decem in singulos annos dari, vel decem annua dari: id quod etiam aptè ostendit textus *in l. nec semel. 12. §. noviſſimè. ff. Quand. dies legat. cedat.*

Quod autem purè in stipulationem deductum est, præsenti die debetur, (a) & confestim peti potest, (b) nisi locus adjectus sit stipulationi, (c) vel stipulatio ex re ipsa dilationem capiat. (d) 51

a) *l. Eum qui Kalendis. 41. §. 1. ff. de V. O. l. in omnibus obligationibus. ff. de reg. jur.* (b) *d. §. omnis stipulatio. v. sdq; confestim. Inst. de V. O.* verùm hoc cum quodam temperamento temporis intelligendum est. *l quod dicimus. 105. ff. de solut.* nec minimo nec maximo, sed tali, quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi possit. *l. ratum autem habere 13. ff. d. t.* (c) *d. l. eum qui Kalendis. 41. §. 1. ff. de V. O. §. locat. 5. Inst. d. t.* Quod si tamen promissor differat ad locum præfinitum accedere, etiam alio conveniri potest, *l. 1. & 2. t. ff. de eo quod certo loco* (d) veluti si stipulatus sim abs te, quod est in utero Arethusæ aut fructus futuros: aut si abs te stipulatus sim domum mihi fabricari, nec enim statim ex hac stipulatione agere possum, sed tum demum, cum Arethusa peperit, aut cùm fructus fuerint collecti *l. interdum. 73. ff de V. O.* aut cùm tantum temporis præterierit, quo domus ædificari potuit. *d. l. interdum. 73. l. si insulam. l. si ita stipulatus 14 ff. d. t.*

In diem fit stipulatio, cùm tempus certum, quo quid dari vel fieri debet, stipulationi adjicitur: veluti decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes, (a) item Kalendis Marti s decem aureos dare spondes, (b) quæ posterior stipulatio, ut conservetur, & in tuto sit, (c) & loco tutissimo, (d) de primis Kalendis in dubio intelligitur. (e) 52

a) *Dict §. omnis stipulatio. v. in diem Inst de inutil. stipul* (b) *l. eum qui Kalendis. 41. in princip. ff. de verb. oblig.* (c) *l. quoties 80 ff dict tit.* (d) *l. ubi est verborum ambiguitas 21. ff. de rebus dub.* (e) *d. l. eum qui Kalendis. 41. in prins. ff. de verb. oblig.* Aliàs verò ambiguitatem contra

ſtipulatorem pro promiſſore interpretamur. *l. cùm quaritur 16. ff. de reb. dub.*

53 Stipulatione autem in diem facta, id quod in eam deductum eſt, ſtatim quidem debetur, ſed peti priuſquam dies venerit, non poteſt; Quin etiam nec o quidem die peti poteſt, ſed totus ille dies arbitrio ſolventis relinquitur, ut priuſquam is præterierit debitum peti nequeat. (a) Vnde qui hoc menſe vel anno dari ſtipulatus eſt, niſi omnibus partibus menſis, vel anni præteritis, non rectè petet. (b) Et qui certarum nundinarum diebus dari ſtipulatus eſt, niſi nundinis præteritis petere nequit. (c)

a) *Dict. §. omnis ſtipulatio. verſ. id autem Inſt. de verb. obligat.* in ſtipulationibus enim in diem licet ſtatim ceſſit dies, id eſt, nata ſit ſtatim obligatio, dies tamen nondum venit, id eſt, actio nondum omnino nata eſt, *l cedere diem. 213. ff. de Verb. Significic.* (b) *§. penult. Inſtitut. de inutilib. ſtipulation. l. qui hoc anno 42. ff. de verb. oblig.* (c) *l. eum qui certarum. 138. ff. d. t.*

54 Etſi verò quod in diem promiſſum eſt ante diem peti non poſſit: ſolvere tamen promiſſor ſi volet, etiam ante diem poteſt.

l. Stipulatio iſta. 38. § inter incertam. l. continuus 137. § cùm ita. v. nam & quod. ff. de verb. obl. l. quod certa die. 70. ff. de ſol. & facit, *l. quod quis 50. ff. de obl. & act.*

55 Sed an ſtipulatori invito, id quod in diem debetur, ſolvi ante diem poſſit, controverſæ quæſtionis eſt? Nobis negantium ſententia placet.

Per l. ſi ſoluturus 39. l. qui decem 72. in princ. ibi, ille ſine juſta cauſa ea accipere recuſavit, & l. creditor 102. ff. de ſolutio. Æmil. Ferret. & Cujac. *in l. ſtipulatio iſta habere licere. 38. §. inter incertam, ff. de verb. obl.* Idem Cujac. *lib. 23. obſerv. c. 22.* quem ſequitur Iohan. Borcholt. *in Comment. ad t. ff. de verb. obl. c. 6. num. 33. & ſeqq.* Diſſentit Bartol. & eum ſequutus Coratius *in d. l. ſtipulatio iſta. 38. §. inter incertam, ff. d. t.* & Donell. *ad l. eum qui Kalendis. ff. eod.* & Anton. Faber. *lib. 1. conject. c. 1. ſed horum argumenta doctè refutat.* Iohan. Borcholt. *d. c. 6. num. 35. & ſeqq.* Vide Berlich. *in aur. dec. 153.*

56 Porrò ſub conditione fit ſtipulatio, cum ejus obligatio in aliquem futurum eventum differtur, ut ſi aliquid factum fuerit, vel non, commitatur ſtipulatio: veluti ſi Titius conſul factus fuerit, quinque aureos dare ſpondes.

§. Sub conditione. Inſt. de verb. obl. Dico autem in aliquem futurum eventum. Conditio enim quæ ad præſens vel præteritum tempus refertur, propriè conditio non eſt. *l. itaque 39 ff. de reb. credit l. 3. §. ſi tamen 13.*

men 13. ff. de bon. libertor. l. si ita stipulatus 120. ff. de verb. obl. l. Institutio 10. §. ult. ff. de condit. Inst. Cùm ergo non sit in diem stipulatio, sub ejusmodi conditione facta, consequens est eam puram esse, id quod Vlpian. IC. docet in d. l. 3. §. si tamen. ff. de bon. libert. Vnde aut statim infirmat obligationem, aut omninò non differt, veluti si Titius consul fuit, vel si Mævius vivit dare spondes, nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio, sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint. §. conditiones quæ. Inst. de verb. oblig. & l. conditio 100. ff. d. t. Vitiatur tamen stipulatio, si conditio sit impossibilis: Quid verò si sub modo fiat? Si remitto tibi debitum ut me hæredem facias, Resp. quamvis modus sit impossibilis, tamen promissio obligat, quia modus non suspendit, & modus non vitiat, sed vitiatur in contractibus: Considera tamen an exceptio doli locum habeat hoc in casu. & vid. Zasium. in l. impossibilis. n. 8. ff. de verb oblig.

Est autem triplex conditio: Casualis, potestativa & mixta, Casualis, quæ ad aliquem casum, à fortuna dependentem refertur. Potestativa cujus eventus dependet ex voluntate personæ: Mixta; quæ ex utroque dependet, à fortuna & personæ voluntate, (a) sed qualiscunque fuerit conditio, quod sub ea in stipulatum est deductum, non statim debetur, sed tunc demum cum extiterit conditio. (b) 57

a) l. Vn. §. sin autem aliquid sub conditione. 7. Cod. de caduc. tollend. (b) §. 4. versic. ex conditionali Instit. de verbor. obligat. Vbi vide omnino Schneidewin. numer. 7. & seqq. & l. cedere diem 123. ff. de verbor. significat.

Et si casualis sit conditio, non modò spes illius ad heredes stipulatoris transmittitur, (a) sed & ex ea, promissoris heredes conveniri possunt, (b) nisi inter contrahentes id actum sit, ut ita demum locus esset stipulationi, si conditio vivo stipulatore, vel promissore, vel quo alio extiterit. (c) 58

a) Dict. §. ex conditionali. 4. Inst. de V. O. §. cùm quis sub aliqua conditione. Inst. de inutil. stipul. (b) l. cùm quis. 57. ff. de V. O. d. §. cùm quis. versic. idem est. Inst. de inutil stipul. (c) l. qui Romæ. 122. §. Agerius. ff. de verbor. obligat.

Sin potestativa sit conditio, & nullum post se opus relinquat: qualis est: si Francofurtum ieris: si testudine luseris: non transit. Si verò post se aliquod relinquat, cujusmodi hæc est: si domum fabricaveris, etiam ad stipulatoris heredem transit, & ab eo impleri potest. 59

Gloss. in l. 2 C. de pact. inter emptor. & venditor. & in l. si prædio. 15. ff. de in diem addict. Bart. in l. fundus 56. & in l. à testatore 109. ff. de condit. &

demonst Iason. & Alciatus *in l. si decem 48. ff. de verbor. obligat.* Cujac. *ad d. l. si quis. 57. ff. d. t.* Iohan. Borcholt. *in Commentar. ad eundem tit. cap. 6. num. 70. & seqq.*

60 Est & illud hic generaliter notandum, quod conditio in non faciendo consistens, veluti: si in Capitolium non ascendero, dare spondes? obligationem stipulationis in mortem stipulatoris differt. (a) Quodque stipulatio sub turpi conditione concepta veluti: si homicidium vel sacrilegium feceris, (b) vel me heredem non feceris, (c) non valet.

a) §. *Si quis ita stipulatur. Inst. de V. O.* (b) §. *quod turpi ex causa. Instit. de inutil. stipul.* (c) *l. stipulatio hoc modo 61. ff. de V. O.*

61 Atque hæc de primo accidentali stipulationis modo: Sub alternatione fit stipulatio, cum ea sub disjunctivo modo concipitur: veluti cùm quis sibi aut Titio dari stipulatur, (a) vel stipulatus Stichum aut Pamphilum dari, (b) sive decem aut Stichum, (c) sive decem aut quinque, (d) vel stipulatur hoc modo: sive navis ex Asia venerit, sive Titius consul factus fuerit, (e) vel hoc modo Kalendis Ianuariis vel Februariis: (f) sive post annum aut biennium (g) dare spondes: cujusmodi stipulationes alternatas stipulationes dicimus. (h)

a) *l. Cùm quis sibi 55. ff. de verbor. obligat.* (b) *l. 2. §. 1. in fin. l. si Stichum 16. in princ. & l. si duo rei. 128. versic. eadem ratione. ff. d. t.* (c) *l. si unus. 27. §. sed si stipulatus. ff. de pact.* (d) *l. si ita stipulatus. 12. & l. si ita stipulatus. 109. ff. de Verb. Obligat.* (e) *l. si ita quis stipuletur. 63 ff. dict. t.* (f) *dict. l. si ita stipulatus. 12. ff. d. t.* (g) *dict. l. si ita stipulatus 109. ff. eod.* (h) *per l. quæ sub conditione. 8. §. sed si sub jurisjurandi. ff. de condit. Instit.* Cujac. *ad l. si unus 27. §. sed si stipulatus ff. de pact.*

62 Cùm autem sub alternatione mihi aut Titio dari stipulor, factum tantum solutionis, non etiam obligationis jus in Titii personam collatum est: Et soli Titio, non etiam successoribus ejus rectè solvitur.

Dict. l. cùm quis sibi. 55. ff. de verbor. obligat.

63 Et cum sub alternatione res duas mihi dari stipulor, non utramque, sed duarum alteram dare promissor tenetur, (a) & in electione ejus est, utram mihi dare velit. Proindeque alterutram sub alternatione, non quam ipse eligam petere possum, (b) nisi ego mihi electionem in ipsa stipulatione constituerim. (c)

a) *Dict. l. si duo rei 128. in fin ff. de verb. oblig.* (b) §. *huic autem qui loco plus. Instit. de actionib.* (c) *l. ubi autem non apparet. 75. §. qui illud aut illud. 8. ff. d. verbor. obligat.*

64 Quando verò stipulatus sum decem, aut quinque: vel decem aut quindecim: tunc minor tantum summa debetur; & cùm stipulatus sum Kalen-

Kalendis Ianuariis aut Februariis, ſive poſt annum aut biennium dari: perinde eſt, quaſi Kalendis Februariis, vel poſt biennium ſtipulatus ſim. In ſtipulationibus enim id ſervatur, ut quod minus eſſet, quodque longius eſſe videretur in ſtipulationem deductam.

Dict. l. ſi ita ſtipulatus fuero. 12. & d. l. ſi ita ſtipulatus fuero. 109. ff. de verbor. obligation.

Sequitur de ſtipulationis concipiendæ modo, quo generaliter vel 65
ſpecialiter res in ſtipulationem deducitur. Generaliter in ſtipulationem res deducitur, quando quis ex toto genere ſubalterno rem quandam illius generis nomine ſtipulatur, veluti hominem dare ſpondes? Lancem dare ſpondes? (a) cujuſmodi ſtipulationis natura eſt, ut promiſſoris ſit electio, quam rem ex eo genere ſolvere velit. (b)

a) *l. 2. §. 1. l. In ſtipulationibus 54.* ubi Donell. & Cujac. *ff. de V. Obl.*
(b) § *praterea ſi quis generaliter. Inſt. de actio.*

Specialiter in ſtipulatum res deducitur, cùm quis certum aliquod 66
individuum, ſtipulatur: veluti Stichum, Pamphilum, vinum Campanum, Purpuram Tyriam.

Dict. §. praterea ſi quis generaliter. Inſt. de actionib. & d. l. in ſtipulationibus 54. ff de verb. obligat.

Ex modis concipiendæ ſtipulationis reſtat ea ſtipulationis concep- 67
tio, quo duo pluresvé rei ſtipulandi vel promittendi conſtituuntur. Vbi diſpiciendum, primò: qui ſint duo pluresvé rei ſtipulandi, & quomodo conſtituantur: deinde, qui ſint duo pluresvé rei promittendi, & hi quomodo conſtituantur. Tum quis ſit ſtatus & natura hujus ſtipulationis, qua duo pluresvé rei ſtipulandi vel promittendi conſtituuntur.

Vide omninò Bartol. *in auth. hoc ita C de duob. reis.* & Gomez. *tom. 2. var. reſol. cap. 12.*

Duo pluresvé rei ſtipulandi ſunt, quibus ex ſtipulatione eadem res, 68
eaque una, ab eodem reo promittendi in ſolidum debetur.

l. 2. l. 3. §. 1. l. Eadem 9. in princ. l. ſi id quod. 15. ff. de duob. reis conſtituend. & §. ex hujuſmodi. 1. & §. ſeq. Inſtit. de duob. reis ſtipulandi. & promit. l. 1. 3. & 4. C. d. t. per rem eandem intelligimus etiam factum ſive operas eaſdem *per l. nemo 5. ff. dict. tit.* Althuſius *lib. 1. Dicæolog. cap. 85. numer. 13. & ſeqq.*

Conſtituuntur autem duo pluresvé rei ſtipulandi, ſi poſt omnium 69
interrogationem de eadem re, paris cauſæ ſeparatim factam, promiſſor reſpondeat, ſpondeo ſive utrique veſtrum dare ſpondeo: Nam ſi priùs uni ſponderit, deinde alii interroganti ſpondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei ſtipulandi eſſe.

§. 1. *Inst. d. t. & l. 2. ff. de duob. reis constituend.* Sufficit tamen si dicatur in tabulis, quod sint duo rei stipulandi, Bartol. *in dict. auth. hoc ita. n. 1.* Si tamen plures in una scriptura obligant, Correi non censentur. *l. reos. §. 1. ff. de duob. reis.*

70 Paris causæ ut eadem illa res in omnium stipulatorum persona sit necesse est, (*a*) si enim id quod ego & Titius stipulamur, in singulis personis proprium intelligatur, non poterimus duo pluresvé rei stipulandi constitui; veluti cum usumfructum aut dotis nomine dari stipulamur, aut si Titius & Sejus decem vel Stichum, qui Titii sit, stipulati fuerint. (*b*)

a) *Dict. l. eandem 9. in fin. ff. d. tit.* (b) *l. si id 15. ff. eodem tit.* vide Donell. *ad eundem tit. C. cap 3.*

71 Duo pluresvé rei promittendi sunt, qui eandem rem eamque unam, eidem ex stipulatione in solidum debent.

Per textus definitioni dRorum pluriumvé reorum stipulandi adscriptos.

72 Atque hi constituuntur, si duo pluresvé stipulanti eandem rem pari causa, simul vel separatim promittant, veluti si Titio stipulanti hoc modo, Mevi decem aureos dare spondes? Et Sei eosdem decem aureos dare spondes, singuli simul vel separatim respondeant: spondeo.

Dict. l. 2. & 3. l. eandem. 9. §. 1. & ultim. l. si id 15. ff. de duob. reis constituend. §. duo pluresvé rei promittendi. Inst. eod. De verbis quibus Duo rei debendi constituuntur, vide Thoming. *decis. 47. num. 5. & 9.* Iohan. Schneidewin. *ad t. Inst. de duob. Reis in princ.* & Sichard. *in l. creditor. 2. num. 2. C. de duob. reis.*

Pari causa, ut eadem res promittatur, necesse est: si enim unus etiam
73 in re culpam præstare promittat, alter non item: verius est non esse duos reos promittendi.

Dict. l. eandem 9 §. sed si quis, ff. de duobus reis constituend.

Non tamen impedit duorum reorum promittendi constitutionem,
74 si unus purè alter in diem vel sub conditione acceptus sit.

l. Ex duobus 7. ff. d. t. & §. ult. Inst. eod. Obstare videtur *l. eandem. 9. §. 1. ff. eodem. t.* vide Mynsi. *ad d. §. fin. Inst. d. t. n. 3.*

75 Etsi verò duo rei promittendi rectè constituantur, licèt unus statim spondeat, alter verò ex intervallo: (*a*) id tamen de intervallo modico, & in quo contrarius actus non intervenit, (*b*) intelligendum est.

a) *Dict. l. 3. in princ. ff. dict. tit.* (b) *l. duos reos. 6. §. ultim. & l. si ex duob. 12. ff. eod.*

76 Si tamen hodie decem aureos dari à Titio stipuler, & postera die eosdem decem aureos dari stipuler à Mevio, & hoc inter nos agatur, ut duo rei constituantur, Titius & Mevius duo rei esse dicuntur. *d. l. 3.*

Dict. l. 3. verſ. & parvi refert, l. & reos promittendi. 11. §. 1. ibi, neque adjectum. ita ut duo rei ſtipulandi eſſent. ff. h. t.

Qui exiſtimant hodie, non aliter unquam duos promittendi reos 77
conſtitui, niſi expreſsè & nominatim dictum ſit, ut ſint duo rei, & ſinguli in ſolidum teneantur, (a) eos in errorem raptos putamus. (b)

a) *Ex Novell. 99. ex qua deſumpta auth. hoc ita C de duob. reis.* Statuit tamen Bart. & alii *in d. auth. hoc ita.* quod jura antiqua non in modo conſtituendi, ſed in modo exigendi ſint correcta. (b) cùm enim ea novella nominatim non corrigat Ius vetus de duobus reis permittendi, certè intelligendum eſt, jus vetus ſalvum eſſe relictum per Regulam propoſitam, *in l. præcipimus 32. in fin. C. de appell.* vide tamen Gœddæ. *de contract. ſtip. c. 9. concl. 5. n. 127.*

Quod attinet ſtatum & naturam (a) ſtipulationis; qua duo 78
pluresvé rei ſtipulandi vel promittendi conſtituuntur; ea ſpectatur, tum in obligatione hujus ſtipulationis, tum in obligationis illius ſolutione.

a) Ita vocat Papinianus Iuriſconſult. *in d. l. eandem. 9. §. ſed ſi quis. ff. de duob. reis conſtit.*

Obligatio hic una eſt, & unum debitum, ac ſingulis ſtipulandi reis, 79
in ſolidum obligatus eſt, promittendi reus. Singuli etiam promittendi rei rem promiſſam in ſolidum debent, proindeque ſinguli rei ſtipulandi rem in ſolidum exigere poſſunt, & reus ſtipulandi, à ſingulis reis promittendi, ſi velit, ſolidum exigere poteſt.

l. 2. l. 3. §. 1. ff. d. t. & §. ex hujuſmodi obligationibus. Inſt. eodem. Duarenus tamen ad *tit. de duobus reis. c. 2.* & Cujac. *ad eundem t C. & ad Novell. 99.* poſt alios ſcribunt, duos reos promittendi hodie non in ſolidum, ſed in viriles partes convenirí *per d. Novell. 99.* ſed hæc opinio à Balduino *in Iuſtin. ſuo. pag. 531.* Donell. *ad d. t. C. de duobus reis, c. 13.* & Borcholt. *ad t. de pact c. 2. in tertia pactorum diviſio. num. 16.* non injuria rejicitur. Correus tamen pendente cum correo ſuo lite conveniri non poteſt. vide Bachovium. *in not.* ad Treutler. *volum. 2. diſput. 27. theſ. 9. lit. E. pag. 881.*

Et licet reus ſtipulandi, reos promittèdi, vice mutua fidejuſſores ac- 80
ceperit, eos tamen ſingulos, ſi velit, in ſolidum convenire poteſt, ut reos debendi. Si ut fidejuſſores convenire eos velit, actionem dividere, & in partes convenire eos poteſt.

l. Reos promittendi. 11 in princ. ff. d. tit. quem locum *per Novell. 99.* correctum putant Cujac. *in Not. ad Inſt. t. de duobus reis*, & Iohann. Borcholt. *in Comment. ad t. de pact. d. c 2. in 3. pact. diviſio. num. 16.* Quod negat. Fr. Balduin. *in Inſtin. ſuo 531.* & Donell. *ad t. C. de duobus reis, d. c. 13.*

& 16.

& rectè quidem per Regulam. *d. l. præcipimus. 32. in fin. C. de appellat.* Ipse autem Balduinus & Donellus dictam *Novell. 99.* interpretantur de his, qui duobus modis fidejussores sunt, hoc est, ubi duo fidejusserunt, pro uno aliquo reo debendi, & rursus invicem alter pro altero fidejussit. Donellus etiam putat, eam Novellam accipi posse de reo aliquo principali, & ejus fidejussore, pro quo vicissim principalis ille reus fidejussit.

81 Et duobus item reis promittendi, si unus rem promissam vel perimat, vel deteriorem reddat, factum illud etiam alteri reo nocet, (a) licet mora unius alteri non noceat. (b)

a) *l. Ex duobus 18. ff de de duobus reis const.* Donell. *ad eund. t. C. c. 9. num. 2.* (b) *l. mora 32. § pen. ff. de usur.* vid. Donell. *ad d. tit. C. de duob. reis cap. 9.*

82 Solutionem obligationis duorum pluriumvè reorum promittendi, quod attinet, si vel alter ex reis stipulandi debitum acceperit, vel alter ex duobus reis promittendi debitum solverit, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

§. Ex hujusmodi. 1. vers. in utraque. Inst. de duob. reis stipul. vel promit. & l. 2. in fin. ff. eod. t.

83 Similiter novatione (a) acceptilatione & petitione unius ex reis stipulandi tota solvitur obligatio, (b) ut & si unus ex reis stipulandi, juramentum detulerit reo debendi, & hic jurarit, se non debere, (c) vel unus ex reis promittendi jurarit se non debere. (d)

a) *l. Si rem. 31. §. Si duo 1 ff. de novat.* (b) *l. 2 ff de duob. reis constituend. d. l. 31. §. si duo, ff. de novat.* vide Donell. *ad eundem t. C. c. 8. n. 3.* Hinc si unus ex duobus reis stipulandi egerit, aliter promissor offerendo pecuniam nihil agit, *l ex duobus. 16. ff. d. t.* (c) *l. in duobus. 28 in pr. ff de jurejurand.* (d) *d. l in duobus. 28. §. ex duobus reis. ff. d. t.*

84 Compensatione, quæ uni ex reis promittendi competit, alter reus promittendi uti non potest, nisi socius correi fuerit.

l. Si duo rei 10. ff. de duobus reis. Donell. *ad eundem tit. C. cap. 8. num. 1.*

85 Neque etiam unius ex reis stipulandi vel promittendi pactum de non petendo, obest, vel prodest alteri non socio: (a) ut nec prodest uni ex reis promittendi, si alter judicio conventus sit. (b)

a) *l. Si unus 27.* & ibi Cujac. *l. idem in duobus 25 in princ. ff. de pactis. l. eandem 9. §. sed si quis in fin. ff de duobus reis, & l 3. §. nunc de effectu. ff. de liberat. legat.* Donell. *ad eundem tit. Cod. cap. 7 num. 2.* (b) *l. ultim. §. idemq; in duobus reis. C. de fidejussoribus.* Donell. *ad tit ff. de duob. reis. c. 8. n. 2.*

86 Sed quæstio vetus est, & controversa admodum, si alter ex duobus reis

reis portionem dimidiam ſolvat, & hanc ſolutionem recipiat creditor, an ex eo ipſo obligationis diviſio inducatur, ita ut amplius pro reliqua nondum ſoluta parte conveniri non poſſit? Negatam autem opinionem veritati propiorem cenſeo.

Cum enim ſolidum debeant ſinguli ex duobus reis, partem ſolvens non cenſetur obligatione reliqua liberari. Facit quoque text. *in l. ſi ex toto. 8. §. 1. ff de legat. 1. & text. in l. Inter eos. 51. §. 2. ff. de fidejuſſorib. & l. Reos. 22. C. dift. tit.* Et ſentiunt communiter Dd. quos probat etiam Hartman. Piſtoris, *l. 1. quæſt. 9.* Donell. *ad l. Si creditores 18. C. de pact.* quæ lex obſtare videtur. Vide quoque Pruckman. *conſ. 7. & 8. lib. 1.* ubi latè hanc quæſtionem examinat. Diſſentit Bart. *in auth. hoc ita. C. de duob. reis. n. 38.*

Hinc de qualitate concipiendæ ſive interponendæ ſtipulationis diſpiciemus. Qualitatem autem interponendæ ſtipulationis oſtendit ſtipulationis diviſio: quâ ea deducitur in judicialem, prætoriam, conventionalem, & communem. 87

De hac ſtipulationis diviſione eſt *t. t. Inſt. de ſtipulat. diviſion. & l. 5. in princ. ff. de verb. obl.* pertinet ad ſtipulationis conceptionem. Continetenim ſtipulationes, quatùm natura eſt, ut interponantur, aliæ juſſu prætoris: aliæ partim juſſu judicis, partim juſſu prætoris, aliæ verò ex ſolo contrahentium placito, Donell. *ad d. l. 5. num. 2. ff. de verb. obl.* Sunt & aliæ ſtipulationis diviſiones, ſed eæ naturam & qualitatem ſtipulationis jam contractæ oſtendunt, & ad obligationem & actionem ſtipulationis pertinent, de quibus infra dicetur.

Iudicialis ſtipulatio eſt, quæ à mero judicis officio proficiſcitur, id 88
eſt, quam judex, qui de litigantium cauſa cognoſcit; interponi jubet; veluti de dolo cautio, item cautio de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt, vel de reſtituendo ejus pretio.

§. 1 Vbi Theophilus. *Inſtit. de diviſio. ſtipul. & l. ſtipulationum. 5. ff. de verb. obl.* De dolo, id eſt, dolum malum abeſſe cautionem interponi jubet judex, cum agitur de reſtituenda re, veluti actione in rem. *l. præterea. 22. l. ſi homo 49. ff. de rei vindication.* item actione, quod metus cauſa, *l. metum. 9. §. item Iulianus. & §. ex hoc, ff. quod metus cauſa:* cautionem de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt, interponi Iudex mandat, quando heredem conventum à legatario, ſervi legati nomine, qui ſervus ab herede aufugit, antequam traderetur legatario, jubet ipſi legatario cavere eum ſervum ſe requiſiturum, & cum eum nactus fuerit legatario reſtituturum, *l. ſervo legato 69. §. ult. & l. cum res. 47. §. itaque ſi Stichus ff. de leg. 1.* Cavere autem heres jubetur ſimul de reſtituendo ſervi legati pretio, ſi culpa ipſius heredis ſervus legatus non appareat, *d. l. cum*

res. 47. § itaque si Stichus, ff. d. tit. Sunt & plures aliæ stipulationes judiciales, quæ interponuntur, vel in familiæ Herciscundæ judicio, l. heredes 25. §. contra, ff. fam. Herciscund. Item in vindicationibus servitutem, l. harum. 7. l. legi 12. ff. si servit. vind. aliisq; actionibus. Prima differentia inter judicialem prætoriam stipulationem est, quod cautio prætoriæ stipulationis debet fieri pignoribus vel fidejussoribus, in judiciali sufficit nuda promissio. 2. differentia, cautio prætoria finitur Anno, Judicialis perpetuo durat. Zasius in leg. stipulationum alia, 5. num. 7. ff. de verbor. obligat.

89 Prætoria stipulatio est, quæ à mero prætoris officio proficiscitur, id est, quæ ex jussu prætoris ut magistratus interponitur: veluti damni infecti cautio, & cautio Legatorum.

§ Prætoriæ sunt, 2. Inst. de divisio stipul. & d. l. 5. in princ. vers. prætoriæ, ff. de verb. oblig. De cautione damni infecti est, tot. tit. ff. de damno infect. Et de cautione, quæ legatorum servandorum causa præstatur, est totus tit. ff. ut legatorum servandorum causa, quæ cautio non est nuda promissio, sed satisdatio, l. 1. ff. dict. t. Sunt cautiones statutariæ, Prætoriæ Zasius. in d. loc. num 8.

90 Prætoriæ autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam Ædilitiæ stipulationes, (a) quales sunt cautiones de morbis & vitiis venalium rerum. (b)

a) §. Prætorias autem stipulationes. 2. Instit. de divisio. stipulat. & d. l. stipulationum 5. vers. prætorias autem stipulationes, ff. de verb. oblig. (b) tot. tit. ff. de AEdilit. edict. l. si venditor. 28. l. itaque. 32 ff. de adilit. edict. l. 37. ff. de evictionib.

91 Prætoriæ stipulationes, rursus vel judiciales sunt, vel cautionales, vel communes.

l. 1 ff. de stipulat. prætor.

92 Judiciales prætoriæ stipulationes sunt, quæ propter judicium interponuntur, ut ratum fiat: velut si stipulatio judicatum solvi, & ex operis novi nunciatione.

Dict. l. 1. §. 1. ff. de stipul. prætor. ubi verba, ut ratum fiat, pro exemplo accipit Cujacius in d. l. 5. ff. de verbor. obligat. & eum sequutus Iohan. Borcholt. ad eundem tit. capit. 2. in tertia stipulat. divisio. num. 162. & numer. 165. & seq. At Duar. & Donell. num. 35. in d. l. stipulationum 5. ff. de verbor. oblig. isthæc verba pro parte definitionis illius accipiunt.

93 Cautionales prætoriæ stipulationes dicuntur, quæ instar actionis habent, & ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes, & de tutela, & rem ratam haberi, & damni infecti.

Dict. l. 1. §. cautionales, ff. de stipul. prætor. l. actionis verbo. 37. vers. stipu-

ſtipulationis etiam, ff. de obl. & act. Inſtar actionis habere dicuntur, quia ut actiones à Prætore petuntur, Cujac. & Donell. *num. 35. ad d. l. 5. ff. de verb. oblig.* & Iohann. Borcholt. *ad eund. tit. cap. 2. in tertia ſtipulat. diviſion. num. 163.* Et hac nota hæ ſtipulationes differunt, à judicialibus ſtipulationibus. Quod ſequitur in definitione: *& ut ſit nova actio intercedunt*, commune habent hæ ſtipulationes, cum prætoriis judicialibus ſtipulationibus, ut etiam Iohan. Borcholt. oſtendit. *d. cap. 2. num. 163.* Donell. verò *ad d. l. 5. num. 35. col. 2. ff. de verb. oblig.* negat has ſtipulationes conjunctim habere utrumque; ſed eas eſſe tradit prætorias ſtipulationes cautionales, quæ vel inſtar actionis habeant, vel ut nova ſit actio intercedunt. Sed hanc interpretationem *d. §. cautionales.* minimè patitur, ut & Iohan. Borcholt. ſentit *in Commentar. ad d. t. de verbor. obligat. cap. 2. num. 168.* Stipulationes de legatis ſunt eæ, quæ legatorum ſervandorum cauſa fiunt, de quibus *tit. ff. ut legat. ſervand. cauſa caveatur.* Stipulatio de tutela eſt ſtipulatio rem pupilli ſalvam fore, *de qua ff. tit. Rem pupili ſalvam fore.* De ſtipulatione, rem ratam habere eſt *tit. ff. Rem ratam haberi.* De ſtipulatione damni infecti eſt *tit. ff. de damno infecto.*

Communes Prætoriæ ſtipulationes ſunt, quæ & propter judicium interponuntur, & inſtar actionis habent, veluti judicio ſiſti. 94

Dict. l. 1. §. communes ſunt. ff. de ſtipul. prator. ſtipulatio judicio ſiſti, quodammodo tanquam actio à prætore petitur, & propter rem ipſam, id eſt, propter judicium datur, *l. ſi eum judicio. 10. §. quæ injuriarum. ff. ſi quis cautio. judicio ſiſtend. cauſ. fact.*

Atque hæ ſunt prætoriæ ſtipulationes. Conventionalis ſtipulatio eſt, quæ neque ex Iuriſdictione venit, id eſt, neque juſſu prætoris, vel Ædilis interponitur, neque officio Iudicis, id eſt, juſſu & mandato Iudicis, ſed ex ſola conventione & placito contrahentium interponitur; quarum totidem ſunt genera, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum. 95

Dict. l. ſtipulationum. 5. in princ. verſ. conventionales. ff. de verb. oblig. ex quo loco intelligimus, ſtipulationes non per ſe ſolas ſubſiſtere, ſed ex aliis obligationibus pendere: Quod etiam Iulius Paulus docet *lib. 5. recept. ſent. tit. 7. in princ.* ubi Cujac. & patet ex *l. 3. ibi vel venditor ſtipulatus fuerit. ff. de Reſcind. vend. l. pollicitatione 3. Cod. de Donat. ant. nupt. & l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. Chryſogonus. 2. verſ. quotiens, ff. de verb. oblig.*

Communis ſtipulatio eſt, quæ interdum juſſu prætoris, vel Ædilis, interdum officio & mandato Iudicis: interdum verò ex conventione contrahentium interponitur. *(a)* Duplæ ſtipulatio communis eſt: Quandoque enim ex edicto & juſſu Ædilis interponitur; ſi prædia, vel mancipia, vel res precioſæ veniant, *(b)* proindeque inter prætorias nu- 63

neratur: (c) interdum verò officio Iudicis interponitur, (d) & hinc communis stipulatio dicitur. (e) Sic etiam stipulatio: Rem ratam haberi, communis est. (f) Aliquando enim ex edicto venit, (g) atque eò prætoria dicitur: (h) quandoq; verò officio Iudicis interponitur. (i) Eademque stipulatio, Rem ratam haberi, ex eo etiam communis est, quod interdum ex conventione partium interponitur: (k) Sic denique stipulatio rem, pupilli salvam fore, communis est, quia aliquando jussu prætoris interponitur, proindeque prætoriis stipulationibus accensetur, (l) quandoque verò jussu Iudicis expeditur. (m)

a) l *Stipulationum alia. 5. in princ. versic. communes, ff. de verb oblig.* & §. *ultim. Instit. de divisio stipul.* (b) *l. emptori, 37. §. 1. ff. de evictionib.* (c) *l. 1. §. stipulatio dupla, ff. de stipul. prætor.* & *l. non solum. 20. ff. Rem ratam haberi.* (d) *l. si quis à multis. 14. in fin. ff. de Noxal. actio.* & *l. heredes. 25. §. pen. ff. Fam. Hercis. l. Item, quamvis, 14. §. ult. ff. commun dividund.* (e) *d. l. 5. in princ. vers. communes. junct. vers. ult. ff. de verbor. oblig.* (f) §. *ult. in fin. Inst. de divisio. stipulat.* (g) *l. servum 35. §. ait prætor. 3. ff. de procurat.* (h) *d. l. 1. §. cautionales, ff. de stipul. prætor.* (i) Theophil. *Inst. de divisio stipul.* (k) *l. interdum. 10. ff Rem ratam haberi.* (l) *d. l. 1. §. cautionales, ibi, de tutela, ff. de stip. prætor.* (m) *d. §. ult.* ubi Theophil. *Inst. de divis. stipulat.*

97 De conceptione stipulationis hactenus: Nunc de stipulationis obligatione & actione. Obligatio stipulationis est, quâ quis necessitate adstringitur, ad præstandum id, quod in stipulatum deductum est: (a) eaque verborum obligatio dicitur. (b)

a) *Arg. §. 1. Instit. de obligat. junct. l. 5. §. conventionales vers. nam & ab ipsam, ff. de verb. oblig.* (b) *tot. tit. ff. & Inst. de verb. obligat.* Stipulatio est causa obligationis verborum, *l. 1. §. conventionis. vers. adeò autem, ff. de pact. l. cum patrem. 19. vers. si verò, ibi, ex ea verborum conceptione sibi Amnia quæsivit obligationem, C. de Iure dotium.* Obligatio verborum est causa actionis, quæ inde datur. Vt enim contractus parit obligationem, sic obligatio actionem parit, *l. licet. 42. §. ea obligatio. ff. de procurat.* Errant igitur, qui stipulationem & verborum obligationem pro eodem accipiunt, quos etiam rectè notat. Iohan. Borcholt. *ad tit. de verbor. obligat. cap. 1. num. 26.*

98 Verborum autem obligatio, tum dividua est, vel individua, (a) tum certa, vel incerta. (b)

a) *l. 2. §. 1. & l. Stipulationes. 72. in princ. ff. de verb. oblig.* ubi quod de dividenda stipulatione dicitur, de stipulationis obligatione dividenda intelligendum est, *l. heredes. 25 §. contra. ibi, nec dividitur obligatio, & §. idem Iuris. vers. nam licet ibi hæc obligatio dividatur, ff. Fam. Hercis. secund.*

ſcund. (b) *l. ſtipulationum quædam. 74. & l. ſeq. ff. dict. titul. l. ſcire debuiſti. 6. C. de contrab. & commit. ſtipulat.*

Dividua verborum obligatio eſt, cujus debitum, quod continet, 99
diviſionem recipit, (a) proindeque volenti (b) ſtipulatori pro parte præſtari & ſolvi, (c) & ab heredibus promiſſoris, non niſi pro partibus hereditariis (d) exigi poteſt.

a) *Dict. l. 2. & d. l. ſtipulationes. 72. in princ. ff. de verb. oblig.* (b) non invito *l. tutor. 41. §. Lucius Titius. ff. de uſur. l. plane ad officium. 3. ff. Fam. Herciſcund.* Iohan. Borcholt. *in Commentar. ad tit. de verb. obligat. cap. 2. num. 12. 13. & 14.* (c) *d. l. 2. §. 1. ibi partium præſtationem recipiunt. Item ibi. quædam partis quidem dationem natura recipiunt, ff. de verbor. obligat. junct. l ſtipulatus ſum. 9. §. 1. ff. de ſolut.* (d) *d. l. heredes. 25. §. idem Iuris eſt, ff. Familiæ Herciſ. & l. in executione. 85. §. 1. ff. de verb. obligat.*

Ejuſmodi autem obligatio eſt, ſi in ſtipulationem deducta ſit ſum- 100
ma quædam vel alia quantitas, veluti cum quis, nummos, vinum, oleum frumentum, certa ſumma, menſura aut pondere, dari ſtipulatus eſt. (a) Item cum ſpecies, veluti Stichum ſtipulati ſumus, (b) vel etiam per numerum genera; veluti decem homines, decem boves, decem equos, (c) vel ſtipulati ſumus operas, (d) aut uſumfructum. (e)

a) *l. 2. §. 1. ff. de verb oblig. l. ſtipulatus ſum 9. §. 1. & l. cum Stichus 29. ff. de ſolut.* (b) *l. in ſtipulationibus 54. in princ. ff. de verb. oblig. & d. l. ſtipulatus ſum. 9. §. 1. verſ. item qui Stichum debet, ff. de ſolut.* (c) *d. l. in ſtipulationibus. 54. & l. ſi centum 117. ff. de verb. oblig.* (d) *d. l. in ſtipulationibus 54. §. operarum, ff dict. 1.* Obligatio operatum etiam ſuo quodam modo individua eſt, *l. ſtipulationes non dividuntur. 72. in princ. ibi, vel operas*, ubi vide Donell. *n. 13. ff. de verb. oblig.* (e) *l. 1. §. ſi uſusfructus. ff. ad L. Falcid.*

Similiter factorum quorundam obligatio dividua eſt, (a) veluti 101
cum ſtipulatus ſum amplius non agi (b) Rem ratam haberi, (c) fundum tradi vel reſtitui. (d)

a) *Dict l. 2. de verbor. obligat.* (b) *l. eadem dicemus. 4. §. Cato. 1. ff. d. t.* (c) *d. l. 4. §. ſed videamus, 2. ff. eod.* (d) *l. ſi tibi homo. 86 pen. ff. de legat. 1. & l. 3. §. heres ejus, ff. commod* Quandoque tamen fundum tradi ſive reſtitui, obligatio eſt individua *l. ſtipulationes non dividuntur. 72. in princ. verſic. idem puto ff. de verbor. oblig.* veluti ſi unus ex heredibus promiſſoris conveniatur, qui rei debitæ reſtituendi facultatem habeat, *dict. l. 3. §. heres ejus ff commod. & l. ſi duo. 22. in fin ff depoſiti.* Alios etiam caſus quibus ejuſmodi obligatio individua eſt fungit, Iohan. Borcholt. *in Comment. ad t. de verb. oblig. 2. n. 98. 99. 100. & 101.*

Individua verborum obligatio eſt, cujus debitum, quod continet, 102

divisionem non recipit, (a) proindeque pro parte præstari, ut pro parte solvatur obligatio, planè nequit, (b) & promissoris heredes singulos, quandoque in solidum, quandoque pro portione hereditaria onerat: (c) & singuli stipulatoris heredes, in solidum obligatum habent promissorem: (d) Quamvis si contra facti stipulationem, in uno ex heredibus stipulatoris, quid fiat, pro ejus tantum parte stipulatio committatur, nisi pœna stipulationi fuerit subjecta. (e)

a) *Dict. l. 2. §. 1 & l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de Verbor. Oblig.* [b] *d. l. 2. §. 1. ibi, sed nisi tota dantur stipulationi satis non fit, item ibi. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, ff d. t.* [c] *d. l. 2. §. ex his igitur stipulationibus. l. 3. & l. 4. ff. eod. & d. l. heredes 25. §. contra ff. Fam. Herciſc. l. ea quæ in partes 192. ff. de R. I.* A singulis heredibus interdum debitum individuum, neque pro parte peti, neque solvi pro parte potest: Interdum verò pro parte peti potest; at solvi nisi totum non potest, *l. in executione. 85. ff. de V. O.* Vide Iohan. Borcholt. *ad d. t. cap. c. 2. num. 121. & seqq.* [d] *d. l. 2. §. ex his igitur v. ex quo quidem*, ubi Cujac. & Donell. *ff. de V. O. & d. l. heredes 25. §. contra ff. Fam. Herciſc.* Licet autem petere, unus ex heredibus, viam in solidum possit; non tamen ei præstabitur, *l. si unus. 19 ff. de servit. præd. rust.* sed præstatur ei tantum, quod interest pro parte hereditaria. [e] Actio est in solidum, condemnatio fit pro parte hereditaria. *d. l. heredes. 25. §. an ea stipulatio. ff. Famil. Herciſc.* & Cujac. *ad eundem §. in lib. 23. Pauli ad edict. pag. 389. in fin. & pag. seq. d. l. 2. §. ult. l. 3. & l. 4. ff. de V. O.* Vide Iohan. Borcholt. *ad d. t. c. 2. num. 127. & seqq.* Quid si unum ex hæredibus servitutis promissæ nomine conveniam, ipse verò in cohæredum præjudicium constituere non queat, tunc pervenitur ad æstimationem, Zasius *in l. stipulationum. §. ex his. num. 5. de verb. obl.* & hæredes eum familiæ erciscendæ judicio indemnem reddere coguntur. Zas. *in d. l. §. cato. n. 49 ff. de V. O.*

103 Est autem hujus generis obligatio, ex quâ debetur servitus prædiorum; (a) vel homo generaliter; (b) vel illud aut illud sub disjunctione, veluti Stichus aut Pamphilus; (c) tum etiam ex qua opus aliquod debetur, ut cum quis faciendum aliquid stipulatus est, ut puta fundum tradi, fossam fodi, vel insulam fabricari, (d) ut & si ita stipulatus fuerim, per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi ire, agere liceat: (e) vel stipulatus sim, mihi ire licere, sive, quod idem est, iter fieri: (f) vel mihi heredivé meo habere licere (g) vel dolum malum abs te, heredeve tuo abfuturum: (h) vel stipulatus sim duplam evictionis nomine: (i) aut præstita sit cautio fructuaria vel damni infecti, vel ex novi operis nunciatione: (k)

2) *Dict.*

a) *Dict. l. 2. §. 1 v. quædam non recipiunt, & §. ex his l. ſtipulationes non dividuntur 72. in princ. ff. de verb. obligat.* (b) *d. l. 2. §. 1. ibi quædam partis quidem dationem, & l. in executione. 85. in princ. ibi aliud quod pro parte petitur, junct. v. pro parte, ff. d. t.* (c) *d. l. 2. §. 1. v. ejuſdem conditionis, & d. l. in executione. 85. in princ. ibi aliud pro alio petitur. junct. §. pro parte autem 1. verſic. Idem Iuris eſt ff. eod. t. l. ſi non ſortem. 26. §. ſi decem aut Stichum ff. de condict. indeb. l. qui hominem. 34. § 1. ff de ſolut.* Obſtare videtur *l qui hominem 17. ff. de acceptil.* Vide Iohan. Borcholt. *ad t. de V. O. c. 2. num. 37.* (d) *d. l. ſtipulationes non dividuntur. 72. in princ. v. idem puto, & l. in executione. 85. in princ. v. aliud quod totum. junct. §. ſecunda ad opus, ff. de V. O.* Vide Iohan. Borcholt. *ad d. t. c. 2. num. 109.* (e) *d. l. 2. §. item ſi in facto, & §. ult. & d. l. in executione 85. §. quod ſi ſtipulatus ff. d. tit.* (f) *l. eadem dicemus. 4. §. 1. ff. eod. t.* (g) *l 3. & l. ſtipulatio iſta habere licere 38. ff. d. t.* (h) *d. l. 4. in princ. ff. eod.* quia nemo pro parte dolum facere poteſt. Zaſius *in §. Cato. num 51.* (i) unus ex heredibus promiſſoris ex hac ſtipulatione non poteſt pro parte defendere, *l. 4. § ultim. d. l. in executione 85. §. in ſolidum, ff. d. t.* Non enim videtur res defenſa, quo non fuit in ſolidum defenſa, *l. ex clauſula. 17. ff. Iudicat. ſolvi.* nec poteſt ſtipulator ab uno ſolo defenſionem petere. Zaſius *in d. §. Cato. numer. 42. de verb. oblig.* Quòd ſi autem non defendat, ſupra partem hereditariam non condemnatur, *d. l. 4. §. ult. & d. l. in executione 85. in pr. v. aliud quod ſolidum, & §. in ſolidum, ff. de V. O.* De hac duplæ ſtipulatione vide Iohan. Borcholt. *add. t. c. 2. num. 106. & ſeq* Complures vendunt domum & promittunt ſuper evictione duplum, ſi tertius eam rem emptam evincat, omnes debent defendere, & uno abſtinente committitur ſtipulatio contra omnes, Zaſius *in d. §. Cato. num 43 de Verbor. Obligat.* Omnibus tamen eſt denunciandum. *l. 62. §. 1. ff de evictio.* (k) *d. l. 4. §. ultim.* ubi vide Cujacium, in primis verò Donellum *ff. eod. t.* Hæ tamen prætoriæ ſtipulationes ſunt dividuæ inter hæredes, quamvis ſint pœnales *l. pœnales. §. Iulianus ff. ad L. Falcid.* Zaſius *in §. Cato. num. 71. de V. O l. 2. §. ult. & l. 3. & l. 4. ff de V. O.* vide Iohan. Borcholt. *ad eund. t. c. 2. n. 111. & ſeqq*

Dubitatur autem, ſi homo generaliter ſit promiſſus, quid obligatio contineat: An ſcilicet nulla ſpecies ſit in obligatione? ut Accurſius ſenſit: an ſingulæ hominis ſpecies ſint in obligatione, ſed ſub conditione? ut voluit Aretinus; An verò una ſpecies, eaque incerta ſit in obligatione? ut Bartolus voluit: & Bartoli ſententia nobis probatur. 104

Dict. l. in executione. 85. §. pro parte. ibi, veluti cum ſtipulatus ſum hominem incertum, ff. de V. O. l. ſi Pamphilo 10 ff. de option. legat. l. cùm incertus. 13. ff. de legat. 1. l. hercdes. 23 §. ſincerto, ff. Fam. Herciſ l. Iulianus. in

fin.

fin. ff. Qui & à quibus manumissi liberi non fiant. Vide Iohan. Borcholt. *ad t. de V. O. c. 2. n. 38. & seqq.*

105 Contra Bartolum (*a*) tamen ingeniosus Molinæus rectè tradit, homine generaliter promisso, & Sticho ex isthac obligatione soluto, in obligatione Stichum ab initio non fuisse. (*b*)

a) *In d. l. 2. §. 1. ff. de V. O.* (b) Nam homine generaliter promisso, incertus homo debetur, ut præcedens conclusio habet, & ex ea obligatione Sticho postea soluto, eoque evicto, promissor, cujus non fuit Stichus, de evictione tenetur, *l. heres servum. 58. ff. de evictio.* Cùm tamen de evictione non teneatur, qui certum hominem promissum solvit, *l. cum pater. 79. §. evictis prædiis ff. de leg. 2. & l. si is qui. 40. ff. de evictio:* quippe cùm homo certus à promissore dari debeat, qualis est: *l. si à substituto. 45. in fin. junct. l. seq. ff. de leg. 1.* vide Ioh. Borch. *in Comment. ad t. de V. O. c. 2. n. 49. & seq.*

106 Sequitur de verborum certa & incerta obligatione: (*a*) certa verborum obligatio est, quæ continet debitum quod adparet, quid, quale, quantumve sit: (*b*) ut cùm in obligatione versatur quantitas vel species, quæ proprio nomine, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis, quantaque sit, ostenditur; (*c*) veluti cum continet obligatio aureos decem, Fundum Tusculanum, hominem Stichum, tritici Africani optimi modios centum, vini Campani optimi amphoras centum. (*d*)

a) Dicitur quidem ipsa stipulatio certa vel incerta *l. stipulationum. 74. & l. seq. ff. de verbor. obligat.* Verùm cùm id fiat ratione ejus, quod in stipulationem deductum est, unde aliàs dicitur stipulatio certi vel incerti, *l. scire debemus. 6. C. de contrab. & commit. stipul.* atque hinc in ipsa obligatione certum vel incertum versari, *l. certum est. 6. ff. de rebus creditis:* & in obligationem certum vel incertum deduci, *l. ubi autem. 75. §. qui verò. 6. & §. qui illud. 8. ff. de V. O.* & ex obligatione certum vel incertum peti dicatur, *l. certi condictio. 9. in princ. ff. de reb. cred.* ipsam verborum obligationem rectè certam vel incertam appellamus: quippè cùm ad effectum stipulationis pertineat quæstio hæc: An certum vel incertum stipulatio contineat? ut arguit, *l. certi. 9. in pr. ff. de rebus credit.* (b) *d. l. stipulationum quædam. 74. §. 1. & l. seq. in fin. ff. de Verbor. Oblig.* (c) *d. l. certum est. 6. ff. de reb. cred.* (d) *d. l. stipulationum quædam. 74. §. 1. ff. de verb. obl.*

107 Est quoque certa verborum obligatio, cùm quis stipulatus est, vinum aut oleum, quod est in apotheca, vel triticum, quod est in horreo, (*a*) vel pecuniam, quæ est in arca sive cista. (*b*)

a] *Dict. l. ubi autem. 75. §. sed qui vinum ff. d. t.* [b] *l. hæc venditio. §. hujusmodi emptio. ff. de contrab. empt. & vend.*

Quin

Quin etiam certa est verborum obligatio, si stipulatus sim à Ti- 108
tio, quod mihi Sejus debet, aut quod ipse mihi Titius ex Testamento debet.

Dict. l. ubi autem. 75. §. qui verò, ubi Cujac. & Donell. *ff. de Verbor. Obligat.* Vide omninò Iohan. Borcholt. *ad eund. tit. cap. 2. num. 218. & seqq.*

Incerta verborum obligatio est, cùm non apparet, quid, quale, 109
quantumque sit debitum, quod in obligatione versatur: veluti cùm quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter, sine proprio nomine, aut vinum, frumentumque, sine qualitate dari sibi stipulatus est. Vsque adeò, ut si quis ita stipulatus sit; Tritici Africi boni modios centum: vini Campani boni amphoras centum, incertum videatur stipulatus, quia bono melius inveniri potest.

Dict. l. ubi autem non apparet. 73. in princ. & §. 1. & §. 2. ff. de Verbor. Obligat. Eatenus autem stipulatio fundi generaliter facta incerta est, & valet, quatenus promissor fundos habeat, *l. si domus. 71. in pr. ff. leg. 1.* Quod si ille nullos habeat fundos, inutilis & imperfecta dicitur stipulatio, *l. cùm post divortium. 69. §. gener à socero. ff. de Iure dotium. l. item stipulatus sum. 115. §. 1. ff. de Verb. Oblig.* & deriloria est ejusmodi stipulatio, *l. si domus. 71. in pr. ff. de leg. 1.* quippe cùm quælibet etiam modica portio fundi, fundus dici possit, *l. locum. 60. ff. de V. S.*

Est item incerta verborum obligatio, si fundi certi ususfructus in 110
obligatione versetur, [a] licèt certa sit obligatio ususfructus pecuniæ in stipulatum deducti. (b)

a) *Dict. l. ubi autem non apparet. 75. §. fundi certi. ff. de verbor. oblig.*
(b) *l. tribus heredibus. 8. ibi. velut certi. ff. de usufruct. earum rerum, quæ usu consum.* Quia proprietas pecuniæ videtur legata, *l. si tibi decem. 6. ff. d. tit.* Atque nanc sententiam de usufructu pecuniæ legato post Cujac. defendit contra Donell. Iohan. Borcholt. *ad t. de verb. obligat. cap. 2. numer. 193. & seq.* Isti omnes tamen in eo errant, quòd etiam stipulatione usumfructum pecuniæ constitui posse volunt.

Similiter incerta est verborum obligatio, si quis id, quod ex Are- 111
thusa ancilla, natum erit: aut fructus, qui in fundo nati erunt, dari sibi stipulatus sit, (a) Eaque obligatio incerta manet, etiam post captos fructus, & post editum partum. (b)

a) *Dict. l. ubi autem. 75. §. illud dubitationem recipit. ff. de verb. oblig.*
(b) *l. si stipulatus. 4. ff. de usur.* Vide Iohan. Borcholt. *ad tit. de verb. oblig. cap. 2. num. 215. & seq.*

Qui item illud aut illud stipulatur, veluti decem vel hominem Sti- 112
chum, nec sibi electionem constituit, incertum in obligationem dedu-

cit: [a] ut & is, qui id quod in faciendo, vel non faciendo consistit, stipulatur; veluti fossam fodi, domum ædificari, vacuam possessionem tradi: Item, per te non fieri, quò minus mihi per fundum tuum ire agere liceat; per te non fieri, quò minus mihi hominem Erotem habere liceat. [b]

a] *Dict. l. ubi autem. 75. §. Qui illud aut illud. ff. de verbor. obligat.* [b] *d. l. ubi autem. 75. §. qui id, quod in faciendo. 7 ff. d. t.* Ratio cur hæ stipulationes alternatæ, & in facto consistentes sint incertæ, redditur à Iohan. Borcholt. *in Commentar. ad d. t. de verbor. obligat. cap. 2. num. 226. & 230.*

113 Illud dubitationem recipit, si quis servitutem prædii, vel hereditatem stipuletur, certum vel incertum in obligationem deducere videatur? & incerti hanc esse obligationem putamus.

Servitus enim est jus aliquod, §. *incorporales autem. 2. & §. ultim. Instit. de rebus corporal. & incorp. l. 1. §. 1 vers. incorporales ff. de divis. rer.* jus autem quale, quantumque sit perspici & verè cognosci non potest, cùm tamen illud certum dicatur, quod apparet, quid, quale, quantumque sit. *dict. l stipulationum quadam. 74. §. 1. & l. seq. ff. de verbor. oblig.* Facit huc, quod ususfructus stipulatio incerta dicitur, *d. l. ubi autem. 75. § fundi certi. 3. ff. d. titul.* Hereditate item vendita, certa hereditariarum rerum quantitas vendita, non censentur, nisi de substantia, & quantitate hereditatis affirmaverit venditor. *l. qui filiisfam 14. & l. seq. ff. de hered. vel action. vendit.* Et non esse rem certam ipsam hereditatem liquet abundè ex *l. quod si nulla. 8. & duab. ll. sequentib. ff. dict tit.* Atque hanc de stipulatione servitutis & hæreditatis sententiam contra Donell. defendit post Cujac. Iohan. Borcholt. *in Commentar. ad tit. de verbor. obligat. cap. 2 num. 190. & seqq.* aliter Gœddæus *de contrahend. vel committend stipulat. cap. 6. concluf. 12. n. 230 & seqq.*

114 Est etiam incerta verborum obligatio, cùm possessio in stipulationem deducta est.

l. Qui exceptionem. 40. § si pars, ibi, posse incerti condici. l. indebiti. 15. §. sed etsi nummi. ff. de condict. indeb. l. heres. 21. ff. ad SC. Trebell. Iohan. Borcholt. *ad dict. t. de verb. oblig. cap 2. num. 210.*

115 Qui autem sortem stipulatus est, & usuras quascunque, certum & incertum in obligationem deduxisse videtur.

Dict. l. ubi autem non apparet. 75. §. pen. ff. de verb. oblig.

116 Restat actio, quam stipulationis obligatio parit, quæ est actio ex stipulatu; [a] Eaque duplex est, condictio certi, & actio ex stipulatu, ita in specie dicta, Condictio certi ex stipulationis obligatione competit, quando stipulatio certa est: Ex stipulatu actio datur, si incerta sit stipula-

pulatio. [b] Vnde incerti ex ſtipulatu actio, [c] & nonnunquam incerta [d] dicitur.

a] *l. Inter ſtipulantem. 83. §. ſi rem quam 6. ff. de verb. oblig.* [b] *Inſt. eod. tit. in princ. l. ſi quis certum 24. ff. de rebus cred.* [c] *l. ſi ſtipulatus. 4. ff. de uſuris. l. diem proferre. 27. §. ult. ff. de recept.* [d] *l. 3. in fin. C. de inutil. ſtipulat.*

Quod ſi ita ſtipulatus ſim abs te domum ædificari? Celſo placet, 117
non ante agi poſſe ex ea cauſa, quàm tempus præteriiſſet, inſula ædificari poſſet. [a] Et licèt tranſierit tempus, quo potueris facere; quandiu litem conteſtatus non ſim, poſſe te facientem liberari placet: quod ſi jam litem conteſtatus ſim, nihil tibi prodeſſe, ſi ædifices Paulus IC. ſcribit. [b]

a] *l. Si ita ſtipulatus. 14. ff. de verbor. obligat.* ſed obſtare videtur *l. ſtipulationes non dividuntur. 72. §. ultim. ff. dict. tit.* [b] *l. ſi inſulam. 84. ff. eod tit.*

Quod ſi ſtipulatione dandi vel faciendi certa pœna ſit adjecta, ut ſi 118
ſtatuto tempore non detur, vel fiat, quod promiſſum eſt, pœna illa hac actione peti poteſt elapſo eo tempore, etiamſi promiſſor admonitus non ſit, ut daret vel faceret.

l. Magnam 12. Cod. de contrab. ſtipul. Obſtare videtur *l. 2. ff. de nautic. fœn.* Vide Cujac. *in tractat. ad Afric. 7. in explic. l. 25. ff. de Obligat. & Action.*

Eſt autem hæc actio ſtricti Iuris, *(a)* & hæredibus, & contra he- 119
redes competit, ſive in dando, ſive in faciendo verborum obligatio conſiſtat; quippe cum & heredes factum implere poſſint. *(b)*

a) *l. In actionibus. 5. §. ult. junct. l. ſeq. ff. de in litem jurand.* (b) *l. veteris juris. 13. Cod. de contrab. & commit. ſtipulat. & l. ſi pactum. 9. ff. de probat.*

Et licet quis ſpoponderit ſtipulatori ædificare, cum moriatur, in- 120
ſulam, ſiquidem obligatio contra morientem inceperit, heredes ejus ad effectum perducere eam obligationem hac actione tenentur.

l. Vlt. Cod. de contrab. & commit. ſtipulat. quæ ſupervacanea videtur Franciſco Balduino *in Iuſtiniano ſuo, mihi pag. 52.*

Vnde & ſi quis poſt mortem, vel cum moreretur, vel pridie quam 121
moreretur, ſtipulatus ſit, heredes ejus ex ſtipulatione illa experiri hac actione poſſunt.

l. Scrupuloſam 11. C. d. t.

Digitized by Google

CLAS. II. DISPUTAT. XVI.

DE FIDEJUSSORIBUS.

THESIS I.

1 PRomissio, quæ fit stipulanti, aut principalis est, ut quâ quis proprio nomine obligatur, aut est accessoria, ut quâ quis nomine alieno obligetur, [a] & dicitur Fidejussio. [b] De illa egimus disputatione proxima. De hac nunc dispiciemus.

a] *l. 1. §. Sed aut proprio nomine. ff. de obligat. & action. Inst. de Fidejussorib. in princ. & §. fidejussores. l. generaliter. 5. ibi, ex causa accessionis, & l. hi, qui accessionis loco 24. & l. sicut rem principalis 65. ff. d. t.* [b] *d. l. generaliter. 5. ibi, causa fidejussionis. l. si dubitet. 10. §. filiumfam. ibi, hæc fidejussio, & l. Tutor datus 69. ibi, ex fidejussione, ff. eod. t.* De hac juris materia vide Val. Franc. & Anton. Hering. *in tr. de fidejuss.* Sed an fidejubere liceat disquirit Petr. Augustin. Morla *in Empor. jur part. 1. t. 8. quæst. 25. n. 30.* Hering. *dict. tr. c. 1. num. 20.* Hunnius *lib. 3. var. resol. jur. Civil. tract. 5. q. 1. & in resol.* ad Treutl *vol. 2. disp. 28. th. 1. q. 1.*

2 Est autem Fidejussio, adpromissio, (a) quâ quis ad præstandum idem, quod alius debet, (b) ejusdem creditori stipulanti, (c) salva manente principali obligatione, (d) se obstringit, qui fidejussor, (e) itemque adpromissor (f) appellatur: quem homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit. (g)

a] *l. Stipulationum. 5. §. satis accepto. ibi, adpromissores. ff. de verb. obl. & l. in omnibus 43. ibi, adpromissores. ff. de solut.* [b] *Inst. de fidejussorib. in princ. & d. l. 1. §. sed aut proprio. ff. de oblig. & act.* [c] *d. l. 5. §. satis acceptio. ff. de oblig. & l. blanditus 12. C. de fidejussorib.* [d] Est enim fidejussorum obligatio quædam principalis obligationis accessio. *§. fidejussores. Inst. d. t. & l. 1. d. l. generaliter. 5. ibi, ex causa accessionis, d. l. hi, qui accessionis, ff. eod. t.* [e] *d. l. 1. §. sed aut proprio. ff. de obligat. & act. & Instit. de fidejussorib. in princ.* (f) uti arguunt leges sub litera A. positæ. Alius autem est expromissor, ut qui solus obligatur, reo principali liberato, *l. quamvis. 8. §. si convenerit. ff. ad SC. Velleian.* unde *in l. si verò 64. §. sed etsi reum, ff. solut. matrim.* pro ADPROMISSOREM legendum est EX-

PRO-

PROMISSOREM. Cujac. *in l. & eleganter. 7. §. servus pactionis. ff. de dolo malo.* Hering. *de fidejuss. c. 4. num. 21. & seqq.* (g) *Inst. de fidejussorib. in princ. & d. l. 1. § sed aut proprio, ff. de obligg. & act.* Quomodo dicatur sponsor. vid. Gœdd. *de contrah. stipulat. c. 5. concluſ. 5. num. 16. 24. & 31.* Quod Sponsor à fidejussore differat deducit. Francus *de fidejuss. c. 1. n. 21. & 23.* Idem Francus *dict. c. 1. num. 24.* quis constitutor sit ostendit. de Mandatore agit etiam Gœdd. *de contrah. stipul. c. 5. concluſ. 5. num. 19.* & exquisitius Bachov. ad Treutler. *volum. 2. disput. 28. thes. 1. lit. A. pag. 887.*

In fidejussione spectamus tum personas, quæ fidejubere utiliter 3
possunt vel non, & obligationem principalem, ad quam accedere fidejussor potest: tum fidejussionis formam substantialem, item naturam, & modum accidentalem: tum etiam fidejussoriam obligationem, & modos, quibus ea rursus dissolvitur.

Etsi verò omnes regulariter fidejubere possint, qui obligari, [a] 4
tàm patres, quàm filiifam. [b] Ad fidejubendum tamen idonea non est mulier, siquidem ab aliena obligatione ex SC. Vellejano tuta sit. [c]

a] Azo *add. C. de fidejuss. in princ.* [b] *l. 3. l. si dubitet. 10. §. filiusf. ff. de fidejuss. l. 3. § sed si filius ff. de pecul. l. filiusfam. 8. Cod. de fidejussor.* [c] *l. si Titius. 48. in princ. ff. d. t. t. t. ff & C. ad SC. Vellejan.* Fürſtlich Würtemb. Landrecht. *part 2. t. 29.* In quibus autem modis succurratur mulieri pro alio fidejubenti, & quando ipsi non succurratur, sufficienter exposui in Disputatione octava *ad 3. partem Digestor.* & vid. Dn. D. Besold. *in disp. ad Stat. Wirtt. part. 2. th. 151.* Berlichium *part. 2. pract. concluſ. concl. 19. num. 2. & seqq.* Quibus autem casibus mulieri fidejubenti non succurratur, tradit Hering. *dict. loc. cap. 7 num. 416. & passim.* Pruckman. *ad l. in multis. 9. part. 2. art. 15. ff. d. stat. homin.* Berlich. *d. l. num. 28. & 44.*

Sed an renunciate beneficio SC. Vellejani mulier possit, in dubium 5
vocatur? Et nobis affirmativa placet sententia, non modò si renunciet in judicio tutelam suorum liberorum suscipere volens, [a] sed & si extra judicium, & extra causam illius tutelæ huic beneficio renunciet, [b] modò tamen prius de eo certiorata fuerit. [c]

a) *l. Vlt. C. quando mulier tut. offic. fung. Novell 94. c. 2. & Nov 118. cap. 5.* (b) *l. quamvis. 8. §. si mulier post intercessionem, l. ult. §. pen.* & facit. *l. Paulus si mulier. 31. ff ad Senatusc. Vellejan. l. jubemus. 20. C. d. t. l. si quis in conscribendo. 51. C. de Episcop. & Cler. l. si quis in conscribendo. 29. C. de pactis.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observ 77. num. 3.* Petr. Faber. *in l. 2. ff. de reg. jur* Andr. Fachinæus. *lib. 2. controv. cap. 59.* Dissentit Connan. *lib. 6. Comment. cap. 8. num. 9.* Duaren. & Wesenbec. *ad Tit.*

SC. Vellejan. Donell. *lib. 12. Comment. cap. ult.* & Gomez. *Tomo. 2. cap. 13. num. 17.* (c) *Decis. capel. Tholos. 37. & ibidem additio.* Andr. Gail. *dict. observ. 77. num. 3* vide etiam Ioachimum à Beust. *ad l. 1. ff. de jurejurand. num. 247. & seq. pag. 117.* & Sichard. *ad rubr. C. ad SC. Vellejan. num. 14.* Berlich. *dict. conclus. 19. num. 16.* Honded. *consult. 45. num. 18. vol. 1.* Hering. *dict. tr. cap. 7. num. 473.* Tria tamen requirit Fürstl. Würtemb. Landrecht. *dict. pr. t. 29.* 1. Das es aus freyen vnd gantz vngezwungenen willen / 2. gemeiner Haußhaltung zu gut geschehe / 3. vnd vor Gericht gnugsamblich erscheinte. quid verò si mulier confiteatur in judicio rem in ejus utilitatem esse versam valeat ne talis confessio dubium est, vid. Dn. D. Besold. *in disp. ad Ius Württ. th. 152. part. 2.*

6 Similiter fidejussor idoneus non est Clericus pro laico, (*a*) neque miles, (*b*) neque servus, extra rem peculiarem. (*c*)

a) *Cap. 1. extra de fidejussorib.* sed communiter Dd. dissentiunt *per cap. 2. extra d. t.* ut ostendit Gomez. *Tomo 2. cap 13. num. 18.* adde Hering. *de fidejuss. cap. 7. num. 251. & seqq.* An illud in nostri seculi militibus locum habeat. examinat Bachov. *in not.* ad Treutler. *vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. C. pag. 899.* (b) *l. milites. 31. C. de locat. cond. l. de die 8. §. 1 ff. qui satisd. cog.* (c) *l. servus 10. ff. de fidejussoribus.*

7 Quicunque etiam fidejussorem dare tenetur, eum dare non potest, qui inopia laborat. Et licèt ab initio datus fidejussor locuples fuerit, si tamen medio tempore calamitas ipsis insignis, vel magna inopia accidat, causa cognita ex integro satisdandum erit.

l. Si arbitrio. 10. §. 1. ff. de his, qui satisdar. cog. l. prætoria 4. ff. de prætor. stipulat. Francus *de fidejuss. c. 4. concluf. 7. num. 163. & seqq.* Gomez. *tom. 2. var. resol. c. 13. n. 7.*

8 Quæritur, an minores sine curatoribus suis fidejubendo obligentur? Affirmativa nobis potior est.

l. Puberes. 101. ff. de Verb Oblig. in integrum tamen restituuntur. *l. ait prætor. 7. §. non solum. ff. de minoribus. l. si Titius. 48. §. 1. ff. h. t. l. 1. C. de filiofam. minor. t. 5. C. si tutor. vel curat. interven.*

9 An autem, qui fidejussorem dare obligatus est, invito creditori pignus offerre possit, controversæ quæstionis est? Nos subscribendum negativæ planè putamus.

Leg. 1. leg. 7. l. 3. l. 6. ff. de stipulat. prætor. Accedit text. *in l. 2. §. mutui datio, in fin. ff de rebus credit.* Cagnol. *in l. plus cautionis 25 ff. de reg jur.* Marsil. *de fidejussorib. num. 296.* Soarez *in thesauro commun. opin. sub lit. F. num. 154.* Gœdd. *de contrab. stipulat. cap 5. concluf. 21. num. 298. & ad l. satisdationis. 61. num. 2 ff. de verb. signif.* Dissentit gl. *in l. Prætoria 7. ff. de stipulat. prætor.* Decius *in d. l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur. per l. itaque 12. §. fin.*

§. fin. ff. de furtis, & §. furti autem, Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. Vide Hering. de fidejuss. cap. 18. num. 68. & seqq. Hackelman. illustr. quæstion. disput. 22. thes. 14.

Quod attinet principalem obligationem, ad quam accedere fide- 10
jussor potest, certè fidejussor ad omnem accipi obligationem potest, sive re, verbis, literis, aut consensu contracta sit: (a) sive item naturalis, aut civilis sit; (b) sive denique ex contractu, (c) quasi contractu, (d) vel delicto, (e) aut quasi delicto (f) descendat.

a) l. Græcè. 8. § 1. ff. de fidejussorib. & §. in omnibus. Inst. d. tit. (b) l. stipulatus 6. §. ult. & l. seq. l. fidejussor 16. §. fidejussor. ff. eod. tit. §. Ac nec illud Inst. h. t. quoties enim fidejussor pro debitore naturaliter tantum obligato, videlicet pro pupillo sine tutoris authoritate promittente, intercedit, efficaciter potest conveniri, quamvis principalis debitor actione inquietari non possit. l ubicunque. 60. ff. de fidejuss. l. 127. ff. de verb. oblig. Hering. dict. tract. cap. 5. num. 335. & seqq. (c) l. 2. ff. eod. tit. (d) dict. l. Græcè. 8. §. & post litem. 3. & §. à tutore. 4. ff. d. tit. (e) d. l. Græcè 8. §. sed etsi ex delicto, 5. & l. si quis pro eo. 56. §. ult. & l. si à reo 70. §. ult. ff eod. tit. (f) l. 1. d. l. Græcè 8. §. pro eo etiam, 2. & §. & generaliter omnium. 6. ff. d. tit. Disputatio tamen haud levis est, an à marito volente pro conservanda dote fidejussor dari possit? & licet quidam affirment: Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt 190. num. 43. ad fin. & libr. 6. præsumpt. 1. num. 17. Arumæ. exercit. Iustin. 13. thes. 12. Hunn. variar. resolut. lib. 3. tract. 5. quæst. 3. & ad Treutl. vol. 2. disput. 28. thes. 3. quæst. 17. Negativa tamen verior videtur. per tot. tit. C. ne fidejuss. dot. dent. Fachin. lib. 8. controv. 76. Merenda, lib. 6. controv. jur. quæst. 13. num. 17. Hering. dict. tract. cap. 6. num. 156. Treutler. vol. 2. disput. 7 thes 4. lit. H.

Sed an pro reo criminis adsumi fidejussor possit, quæri solet? Et di- 11
stinguendum hic putamus inter leve crimen, pro quo pœna pecuniaria imponenda venit, & crimen grave, pro quo reus pœna corporis tenetur; ut priori casu criminis reus fidejussorem dare paratus, in carcerem detrudendus non sit: posteriori verò casu reus criminis fidejussoribus haud committi debeat; nisi de eo exhibendo pro illius dignitate judex fidejussorem accipiendum æstimaverit.

l. 1. l. 3. & 4 ff. de custod. & exhib. reorum. Facit quod nemo ad corporis pœnam obligare se potest, cùm suorum membrorum nemo sit Dominus. l. liber homo. 13. in princ. ff. ad l. Aquil. vide Iodoc. Damhauder. in praxi rerum criminali. c. 20. Iul. Clar. libr. 5. sentent. §. fin. quæst. 46. numer. 6. & seqq. Iohan. Schneidewin. in §. in omnibus. num. 8. & 9. Instit. de fidejussor. & Matthiam Colet. in tract. de processibus executivis. p. 2. c. 3. num. 51. & seqq. & in decis. German. decis. 29. num. 18. & decis. 107. num. 5. & seqq.

& seqq. adde Gomez. tom. 3. var. resolut. cap. 9. num. 8. Covàrruv. libr. 2. var. resolut. cap. 8. num. 8. Menoch. arbitr. judic. lib. 2. cas. 303. Hering. de fidejuss. cap. 10. num. 396. & 408.

12 Nihil autem refert principalem obligationem præcedat fidejussor, atque ita futuræ obligationi adhibeatur, an vero sequatur, (a) aut pro debitore ignorante vel sciente quis fidejubeat. (b)

a) §. Fidejussor & præcedere, Instit. de fidejussoribus, & l. stipulatus. 6. in princip. §. ultim. ff. dict. tit. Futuræ obligationi fidejussor accipitur etiam hoc modo: quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dare spondes? l. si ita stipulatus. 55. ff. eodem: ad quam legem vide Cujacium in Commentar. in libr. 11. quæst. Pauli pag. 239 (b) l. fidejussore. 30. ff. hoc tit. Sed an creditor fidejussorem jam acceptum dimittere & alium æque idoneum admittere cogatur? disquirit Pinel. ad l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 2. cap. 1. num. 21. Treutl. vol 2. disput. 28. thes 2. Lit. F. ubi Bachov. fol. m. 908. & Hun. resolut. quæst. 16. pag 188. & seq.

13 Pro eo tamen qui quidem cum aliquo contractum fecit, sed ex quo nulla obligatio nata est, fidejussor inutiliter accipitur.

l. Qui contra Senatusconsultum. 11. ubi Bartol. & alii. ff de fidejussoribus, l. is cui. 6. ff. de verb. oblig. Accessio enim ut est fidejussio sine principali non consistit, l. cum principalis. 178. ff. de regul. juris. Unde maleficii faciendi promissioni, fidejussor accedere non potest, l. si à reo. 70. §. ult. ff. de fidejussor. neque adhiberi potest fidejussor, si sub impossibili conditione stipulatus sim, l. si sub impossibili. 29. ff. d. t. quia ex ea stipulatione, ne quidem naturalis obligatio nascitur.

14 Pro actione quoque populari, (a) & pro dote constante matrimonio fidejussor non accipitur. (b)

15 a) l. Si quis pro eo. 56. §. ult. ff. de fidejussor ad quam legem vide Cujac. in Commentar. in lib. 15 quæst. Pauli, pag. 269. & in Commentar. in libr 8. Pauli ad edict. pag. 120. (b) tot. t. C. ne fidejuss. dot. dentur. Sed an à marito volente pro conservanda dote fidejussor dari possit Affirmativam tenet Menoch. de præsumpt. libr. 4. præsumpt. 190. num. 43. & libr. 6. præsumpt. 1. num. 17. Arumæ. exercit. Iustinian. 13. thes. 12. Sed Negat Fachin. lib. 8. controv. cap. 76. Merend. lib. 6. controv. 13. num. 17. Hering. d. tract. cap. 6. num. 156.

15 Sequitur de fidejussionis forma substantiali, itemque naturâ & modo accidentali: Substantialis forma fidejussionis est, quæ nisi observetur fidejussio nulla est, veluti ut per solennem stipulationem fiat, id est, creditori stipulanti, (a) fidejussor idem quod alius debet, (b) promittat, remanente principali obligatione. (c)

a) l. 5. §. Satis acceptio. ff. de verb. oblig. & l. blanditus. 12. Cod. de fidejusso-

dejussoribus. (b) *Instit. de fidejussor. in princ. & d. l. 1. §. sed aut propriè. ff. de obligat. & act.* Non potest ergo fidejussor in aliam rem, quam quæ credita est, obligari, *l. Græcè. 8. §. si quis Stichum. verf. Marcellus, & l. si ita 42. ff. de fidejussor.* (c) *§. at nec illud, ibi, obligatio, cui adjicitur fidejussor Inst. de fidejussor.* An tacitus fidejussoris consensus sufficiat tradit Hering. *de fidejuss. cap 7. num. 32.* An vero fidejussio per scripturam contracta valeat: tractat Hering. *dict. loc. cap. 11. num. 82.*

Si tamen quis in instrumento scripserit se fidejussisse, omnia per stipulationem solenniter acta videntur. 16

§. Vlt Inst. de fidejussor. §. si scriptum fuerit. Inst de inutil. stipulat. l. 1. l. optimam 13. C. de contrab. stipul. l. Titia 134. §. penult. ff. de verbor. obligat. Vide Tiberium Decian. *responso 120. num. 20. vol. 3.* Hering. *de fidejussor. cap. 11. num. 111.*

Quæritur, an fidejussor teneatur de usuris ex mora debitoris præstandis? Negativa placet. 17

Per l. quaro 54 in princ. ff locat. l. centum 8. ff. de eo quod cert loc l 5. C. de pact. Valent. Franc. *tractat. de fidejuss. cap. 5 num 26. & seqq.* Harpprecht *ad §. fidejussores ita n. 30. & seqq Inst de fidejuss.*

Natura fidejussionis in eo consistit, ut fidejussio fiat in eandem, vel leviorem, non autem duriorem causam. In accessione enim, qualis est fidejussio, plus esse non potest, quam in re principali; minus autem esse potest. Vnde si reus principalis quinque debeat, fidejussor in decem non obligatur: vel si principalis debeat in diem aut sub conditione, fidejussor purè non obligatur: At si debitor principalis decem promiserit, fidejussor in quinque rectè obligatur: vel si ille promiserit purè, fidejussor in diem, aut sub conditione promittere potest. 18

§. Fidejussores ita obligari. Instit. de fidejussorib. l. Græcè 8. §. illud commune est. l. bi qui accessiones 35 ff d. tit. vide Cujacium *ad eandem legem in Comment. in lib. 72. Pauli ad edictum, pag. 174. & seq.*

Hinc pactum Obstagii *(a)* fidejussioni adjectum, licèt aliquando Carolina constitutione *(b)* permissum fuerit, novissima tamen imperii constitutione Anno 77. tit. 17. promulgata, prorsus prohibitum fuit. *(c)* 19

a) Ejusmodi est pactum, quo promittit fidejussor, non soluto ad constitutum diem debito, ad certum se venturum locum, neque inde discessurum, donec solutio fiat, vulgariter vocatur: Die Leistung. Andr. Gail. *lib. 2. observat. 45. num. 1.* Wesenbec. *in Paratitl. ff. de fidejussor. nu num. 5.* Mynsing. *cent. 6. observ. 51. num. 3. & seqq.* (b) *promulgata Augustæ Anno 1548. tit.* Von wucherlichen Contracten / *in fine.* (c) ut scribit Andr. Gail. *d. lib. 2. observ. 45. num. 6.* Wesenb. *item in Paratitl. ff de fi-*

Digitized by Google

dejuss. num 5. testatur, pleraſque Principum curias majoris vitandi mali cauſa, hanc obligationem improbare Zaſius *libr. 2. ſing. reſponſ. cap. 8.* Coler. *de proceſſib. executiv. part. 1. cap. 6. num. 44. & ſeqq.* Berlich. *part. 2. concluſ practic. 27 per tot. & concluſ. 28. num. 5. 6. & ſeqq.* latè Cœpen. *deciſ. 3.* pariter & illud quæritur an quis ſe ad carceres pro debitore principali fidejubendo, ſeſe adſtringere poſſit, ita ut ſi à debitore principali non ſolvatur, fidejuſſor carceri mancipetur? Negat Bachov. *in not. ad* Treutl. *vol. 2. diſput. 28. theſ. 4. lit. F.* Affirmat Zaſius *libr. 2. ſingul. reſponſ. cap. 8.* Cluſius *de ſequeſtrat. cap. 1. num. 106.* Coler. *de proceſſ. executiv. part. 1. cap. 6. num. 44 & ſeqq.* Mynſing. *cent. 6. obſervat. 51. num. 3* adde Berlich. *part. 2. concluſ practicabil. 27. per tot. & concluſ. ſeq. num 56. & ſeqq.*

20 Cæterùm quæritur, utrùm fidejuſſor, in duriorem cauſam acceptus, omninò non obligetur, an verò obligetur in eam tantùm cauſam, in quam principalis acceptus eſt? & in hanc rei principalis cauſam obligari fidejuſſorem exiſtimamus.

Per l. ſi ultra 22. ibi, quod ultra mandatum tum numeratum eſt, à te nihil exigi patietur. ubi Sichard. *num. 4. & 5. Cod. de fidejuſſor. l. ſi à reo 70. in princ. & §. 1. ff. dict. t. & l. id quod ſub conditione. 19 ff. de conſtit. pecun.* Facit huc *l. 1. § ſi ſtipulanti mihi decem. ff. de verb. oblig. l. ſed & ſi decem. 12. ff. de conſtitut. pecun.* Item regula, utile per inutile non vitiatur, *c. utile. de reg. jur. in 6.* Atque hanc ſententiam amplectitur Duaren. *ad l. 1. §. ſtipulanti mihi. ff. de verb. oblig.* Eguinar. Baro *in §. fidejuſſores. Inſt. de fidejuſſor.* Cujac. *in Comment. in lib. 29. Pauli ad edictum, in explicatione d. l. Id quod. 19. ff. de conſtitut. pecun. & in notis poſteriorib. ad Inſtit. tit. de fidejuſſoribus num. 9. & 10.* Gomez. *Tom. 2. var. reſolut. cap. 13. num. 2. & ibi.* Emanuel. Soarez. *in addit. ſub lit. A.* Idem *in theſauro recept. ſent. in lit. F. num. 130.* Sed Dd. communiter diſſentiunt, inter quos etiam eſt Franciſcus Connan. *lib. 6. Comment c. 6 n. 8.*

21 Fidejuſſionis modus accidentalis varius eſt, & primò quidem fidejuſſio ita fieri poteſt, ut plures idem, quod alius debet, promittant: (*a*) & pro fidejuſſore fidejuſſorem accipi, nequaquam dubium eſt. (*b*) Quin etiam plures fidejuſſores accepti fide mutua accipi fidejuſſores poſſunt: (*c*) ut & eodem modo duo rei promittendi. (*d*)

a) *§. Si plures ſint fidejuſſores. Inſt. de fidejuſſorib. l. inter fidejuſſores 26. & l. ſeq. l. cum is, qui 36 l. ni fidejuſſor 39. l. inter eos fideiuſſores 51. ff. dict. t.* (b) *l. 4. l. Græce 8 § ult. l. ſi ut plures 27. §. 1. ff eod. tit.* (c) *Novell 99 c. 1.* Franciſc. Bald. *in Iuſtiniano pag 531.* (d) *l. reos promittendi. 11. in pr ff. de duob. reis conſtituend.*

22 Et plures fidejuſſores ita accipi poſſunt, ut vel ſinguli conjunctim ſoli-

solidum, & partes viriles fide sua esse jubeant; vel disjunctim solidum aut partes viriles fide sua esse jubeant.

l. Inter eos. 51. in princ. ff de fidejussor. Ad quem locum vide Cujac. *in Comment. in lib. 3. responsor. Papin. pag. 131.*

Potest & hoc modo fidejussor accipi, ut quantò minus creditor à 22
principali debitore consequi possit, fidejussor præstet: quem succedaneum & subsidiarium, item indemnitatis Interpp. appellant fidejussorem, einen Schadloß bürgen.

l. Si fidejussores 41. in princ. ff. de fidejussor. ad quam legem vide Cujac. *in Comment. in lib. 4. quæst. Papiniani, pag. 91. l. ult.* ubi Angel. Jason. Costal. & alii, *ff. de reb. cred. l. decem. 116.* ubi Zas. *num. 6. l. si ita stipulatus fuero 97. §. possum.* & ibi Zas. *num. ult. ff. de verb. oblig l. 2. C. de fidejussorib. tutor. l. si decem 21. ff. de solut.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 27. numer. 13.* Matthias Coler. *de process. executiv. part. 1. cap. 10. num 315.* Quidam vocant Ruckbürgen / sed nunc ab illo differre tradit Gœddæus *in l. si ita. 150. ff. de verb. signific.* Anton. Hering. *de fidejuss. cap. 4. num. 62.* Vide insuper IC. Amplissi. ac Nobilissi. Dn. Christoph. Besold. *in nupero edito Thesaur. practico. lit. R. num. 48. in verb.* Ruckbürge. *& in lit. S. num. 12. in verb.* Schadloßbürge.

Similiter fidejussor purè accipi potest, vel ex die vel ad diem, vel 23
sub conditione. [*a*] Et si cùm principalis reus in diem obligatus est, fidejussor sub conditione accipiatur, jus fidejussoris in pendenti erit, ut si ante diem conditio secuta fuerit, obligetur. [*b*]

a) *l. Si stipulatus sum. 6. §. 1. ff. de fidejuss. l. pen. C. eod.* (b) *l. fidejussor obligari 16. §. stipulatione in diem. ff. d. t.*

Succedit fidejussoria obligatio, cujus quidem conditio ex jure ve- 24
teri hæc est, quod creditor etiam ante reum principalem convenire fidejussorem potest; (*a*) verùm Justiniani constitutione fidejussori beneficium ordinis est tributum, ex quo tenetur creditor priùs convenire & discutere principalem reum, nisi hic absens fuerit: quo casu voluit Justinianus fidejussorem ita conveniri, ut tamen si desideret, sibi tempus dari, intra quod evocet, & adducat reum primò conveniendum, id judex pro locorum distantia & itinerum difficultate aut commoditate ei statuere debeat, ea lege, ut eo tempore transacto cogatur fidejussor respondere creditori, & condemnatus satisfacere. (*b*)

a) *l. 3. In princ. l. jure nostro. 5. l. reos. 23. Cod. de fidejussoribus.* Gail. *lib. 2. observ. 27. num. 35.* Hering. *dict. tr. cap 27. num. 263.* Sed coram quo judice conveniendus sit fidejussor, suo vel principalis debitoris docet Mynsing. *cent. 2. observ. 15.* vide Schrader. *in miscell cap. 5.* (b) *Novell. 4. cap. 1.* ubi Sichard. *C. de fidejuss. & auth. hoc si debitor. C. de pignoribus & hypothec.*

Digitized by Google

26 Succedaneus tamen sive subsidiarius si sit fidejussor, licèt absens sit reus principalis, vi stipulationis illius fidejussoriæ conveniri non potest, nisi priùs conventus, & non solvendo repertus fuerit principalis reus.

Dict. l. decem 116. ubi Zasius, *num 6. & l. si fidejussores. 41. ff. de fidejussoribus l ult ff. de reb. credit.* Donellus *libr. 15. Comment. c. 48. p. 579.* Andr. Gail. *lib. 2. observar. 27 num. 13.* Qui Zasius & Andr. Gail. ut & Coltal. *in d. l ult. ff de rebus credit.* Wesenbec. *consil. 10. num. 31. part. 1.* & Matthias Colerus *in Tractat de proceff. executivis, part. 1. cap. 10. n. 400.* tradunt, quod hic fidejussor ordinis beneficio renunciare non possit. Ratio est, quia hic fidejussor sub hac conditione debet, si à reo principali exigi non poterit *d. l. decem. 116. ff. de verbor. obligat. & l. si decem. 21 ff. de solut.* sed obstare videtur, *l. ultim. vers. sed si ff. de rebus credit. & d. l. si decem 21. vers. sed etsi ff. de solut.* & dissentit Cujac. *ad Novell 4. vers Nihil igitur opus: & in Commentariis in lib. 4 quæst Papiniani. pag. 91. in explicatione l. 116. ff. de verb. oblig.* Sed an debitore principali totaliter solvere non valente, parato tamen solvere distinctis temporibus & ad certos, ut vocant, terminos executari possit fidejussor. Vide Schæffer. *libr. 1. quæst practicab quæst. 23.*

27 Si item fidejussor beneficio ordinis renunciaverit: (a) vel pro reo tantùm naturaliter obligato fidejusserit, (b) poterit creditor relicto principali reo fidejussorem eligere.

a) *Dict. l. jure nostro 5. C. de fidejussor l. si pro ea. 10. C. mandat. l. penult. C. de pactis. l. pactum. 46. in fin. ff. dict. t.* Cõpen *decis. 53 per tot.* Hering. *d tract. cap. 27. part. 1. num. 136. & seqq.* Sed an juramentum taciturn inducat renunciationem rectè negat. Schæffer. *libr. 3. quæst. 7.* Vide Hering. *dict. tract. cap. 27. part 1. num. 45. & seqq* (b) *Ex naturali enim obligatione reus conveniri actione nequit. l 7. in princ. junct. §. sedcùm nulla, ff. de pactis. & junct. l. 5. §. Imp. Antoninus ff. de solut.* Proindeque eo relicto statim convenitur fidejussor, Cyn. *in Authent. præsente. C. de fidejussor.* Mynsing. *cent. 2. observat. 15.*

28 Similiter fidejussor, qui se principaliter obligavit, als einen selbs Schuldner / ordinis beneficio non gaudet: (a) ut nec ille, qui se fidejussisse falsò inficiatus fuit. (b)

a) Vt contra alios argumentis probat. Hippolyt. de Marsil. *tract. de fidejussor. num. 62.* quem sequitur Andr. Gail. *lib. 2. observ. 28 num. 2. & ult.* ubi addit hanc sententiam communiter in foro observari. Fürstl. Würtemb. Landrecht. *part. 2. t. 5. §. 1.* Dissentiunt quos citat & sequitur Francus *de fidejuss. cap. 5. num. 172. & 192.* & Coler. *de proceff. execut. p. 1. cap. 10. num. 260.* vide insuper Merendam. *lib. 5. controv. 31.* Thesaur. *decis.*

decis. 166. num. 2. Cothman. *respons. 22.* Berlich. *p. 1. concl. pract. 23. numer. 4. & seq.* (b) *per l. si dubitet. 10. §. 1. ff. de fidejussor.* Mynsing. post alios *d. cent. 2. obs. 15.*

Idem tradunt Dd. de quibusdam aliis casibus, veluti si reus princi- 29
palis notoriè solvendo non sit, ut qui a omnibus bonis est exutus, vel difficulter conveniri possit, ut quod habitet in arce prædatoria, vel Tyrannus est, homo durus, inexorabilis, vel bona rei sunt penes fidejussorem, vel causa ex æquo & bono sit determinanda, sicut inter mercatores fieri consuevit: vel consuetudine aut statuto aliter sit receptum, vel pater pro filio fidejusserit.

Arg. l nam is 6 ff de dolo. Valent. Francus. *de fidejuss. dict. cap. 5. num. 115* Zanper. *de except. p. 2. cap 19 num 1.* Hippolyt. de Marsil. *tr. de fidejussor. num 8 & seqq.* Anton Gomez. *tom 2. variar resolut cap. 13. num 14.* Andr. Gail. *d lib 2. observ 27 num 14. & seqq.* ubi Grævæ. *concluf. 27. num. 2. & seqq.* Mynsing. *cent. 2. observ. 15.* Sed vide Gabriel. Rom. *lib. 3. comm. concl. 1. de fidejussor. pag. 157.*

Verum autem hæc ordinis exceptio dilatoria sit, vel peremptoria controvertitur. Et præsente reo principali dilatoriam esse proin- 30
deque ante litis contestationem opponendam communiter definitum est.

Anton. Gabriel. Roman. *lib 3 commun. concluf. tit. de fidejussor numer. 12. & seqq. pag. 157.* Sichard *in Authent præsente, num 8. Cod de fidejussor.* Atque hanc sententiam firmat textus *in d Novell. 4. cap. 1.* Andr. 31
Gail. *tamen lib. 2. observ. 27. num. 3.* Saliceti & Caican. authoritatem adducens, scribit benigniorem esse contrariam sententiam, quandocunque scilicet etiam usque ad conclusionem hanc exceptionem in judicio opponi posse. adde Gœddæ. *de contrah stipulat cap. 9 concluf. 5 num. 103 & seqq.* Francum. *de fidejuss. c. 5 num. 286.* Berlich *part. 1. concl, pract. concluf. 11. n. 21. & seqq.*

In quæstionem & illud vocari potest, an reum principalem conve- 32
niri priùs & excuti judicialiter oporteat, an verò sufficiat, si is extra judicium conveniatur, & excutiatur? & conventionem ac discussionem judicialem hic necessariam esse arbitramur.

Per d. Novell 4 cap. 1. ibi, & causæ præsidens Judex det tempus & versic. si verò tempus & Authent præsente. Cod. de fidejussorib & ita tradit Donellus *libr. 15. Comment cap. 48. pag 579. circa finem* & post alios Valent. Franc. *in tract. de fidejuss c 5. num. 290. fol. mihi. 274.* At Cujacius *in Comment. in lib. 4. quæstion. Papinian pagin. 9 & ad Novell. 4.* existimat etiam sine judicio reum principalem priùs conveniri & excuti posse. Quam sententiam confirmare videtur, *l. liberum. 16 & ibi, si modo cæteros minùs idoneos existimaret. C. de fidejussor.*

32 Est & illa quæstio elegans: An sententia contra reum principalem lata possit mandari executioni contra fidejussorem sine novo processu? Et receptior est opinio, sententiam illam mandari executioni adversus fidejussorem, qui cavit de judicato solvendo, non etiam sine processu executioni eam mandari adversus alium fidejussorem extra judicium acceptum.

Mynsing. cent. 4. observat. 96. Gœddæus. de contrab. stip. cap. 12. concl. 11. num. 88.

33 Quod si plures sint fidejussores accepti, licèt singuli ipso jure in solidum teneantur, nisi ita fidejusserint, SOLIDUM AUT PARTEM VIRILEM fide mea esse jubeo: (a) proindeque à singulis solidum creditor petere possit: ex epistola tamen Divi Hadriani, is qui solus convenitur exceptionem divisionis creditori objicere potest: quo facto compellitur creditor à singulis fidejussoribus, qui modò tempore litis contestatæ solvendo sunt, partes petere. Si verò quis eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. (b)

a) *l. Inter eos. 51. in princ. ff. de fidejussoribus.* (b) *§. si plures sint fidejussores. Instit. de fidejussorib. l. si dubites 10. in princ. & §. 1. l. inter fidejussores 26. l. si plures 27. & l. seq. l. inter eos 51. in princ. l. amissi. 52. §. 1. ff. d. t. l. 3. l. fidejussor 10. §. 1. C. eodem t.* adde Gœddæ. *de contrab. stipul. cap. 8. concl. 5 num. 107.* Hering. *de fidejuss. cap. 27. p. 2. num. 17.* Coler. *de process. executiv. p. 1. c. 10. num. 281.*

34 Hanc autem divisionis exceptionem non dilatoriam, sed peremptoriam esse, proindeque etiam post litis contestationem usque ad condemnationem opponi posse concludimus.

Per text. expressum in d. l. fidejussor 10. §. 1. C. de fidejuss. Obstare videtur *l. liberum 16. C. d. t.*

35 Ea tamen denegatur fidejussori, qui ipse fidejussisse falsò inficiatus fuit: (a) qui item huic auxilio renunciasse probatur. (b)

a) *l. Si dubites 10. §. 1. ff. de fidejussorib.* Ant. Gabriel. Roman. *lib. 5. communium conclus. tit. de acquir. possess. concl. 5. num. 13.* (b) *l. pen. C. de pactis. l. pactum 46. in fin. ff. d. t. l. ult. vers. Invenimus etenim C. de fidejussor. Novell. 99. cap. 1.* Guttierez. *de jurament. confirm. part. 1. cap. 23. & lib. 3. pract. quæst. cap. 95.* Matth. Berlich. *lib. 2. pract. conclus. 22. numer. 35. & seqq.*

36 Sed hæc exceptio an etiam prosit reis promittendi, qui vice mutua fidejussores accepti sunt, in disceptionem vocatur? Et non prodesse illis Papinianus respondit: (a) quamvis ex Justiniani legislatione tribuatur etiam fidejussoribus, qui alterna fidejussione accepti, & obligati sunt, etiamsi in solidum se obligarint: modò omnes solvendo & præsentes sint. (b)

a) *l. Reus*

a) *l. Reos promittendi 11. ff. de duob. reis, constit. quam legem correctam per Novell. 99. plariq; falsò putant.* (b) *d. Novell. 99. c. 1.* vide Donell. *ad tit. C. de duobus reis, cap. 13.* & Balduinum *in Iustiniano, pag. 52. & seq.*

Quod si tamen fidejussorum aliquis conventus fuerit, & solidum 37
creditori præstiterit, actiones suas creditor contra cæteros fidejussores ei præstare tenetur, quibus pecuniam solutam pro rata consequi ab ipsis considejussoribus possit.

l. Fidejussorib. 17. l. cum is. 36. l. ut fidejussor 39. ff. de fidejussorib. l. cum alter 11. C. d. t. Hartm. Pistor. *lib. 1. quæstionum Iuris, q. 48.*

Cæterum hanc actionum cessionem fidejussor petere an possit 38
etiam post factam solutionem in dubium vocatur. Et nobis affirmantium opinio placet.

l. Cum is, qui 36. ff. de fidejussoribus. adde *l. cum possessor 5. in princ. vers. nec inutiliter. ff. de censib.* sed obstare videtur. *l. Modestinus 76. ff. de solutionibus.* vide dissentientem Donell. *in l. cum alter 11. num 7. & 8. Cod. de fidejussoribus.* vide omnino Hering. *de fidejuss. cap. 28. numer. 34. & seqq.*

Est & alio modo fidejussoribus pro reo principali solventibus 39
consultum: Possunt enim mandati actione adversus ipsum principalem reum experiri, atque ita de indemnitate sibi consulere: modò ex mandato vel patientia rei fidejusserint. (a) Quod si pro ipso ignorante fidejusserint, (b) negociorum gestorum actionem exercere possunt. (c)

a) §. *Si quid autem, inst. de fidejussorib. l. si fidejussor. 6. C. Mandati. l. rogatus 33. & l. qui fide alterius 53. ff. d. t.* (b) Quod facere potuerunt, *l. fidejubere. 30. ff. de fidejussoribus,* (c) *l. ex mandato. 2. §. 1. ff. Mandati, l. 1. 2. & 1. 1. ff. de neg. gest.*

Atque hæ actiones fidejussoribus competunt, quamvis sine judi- 40
cio solverint. (a) Modò defensiones etiam reo competentes (b) non omiserint. (c)

a) *l. Idemque 10. §. fidejussores, ff. Mandati, d. l. fidejussor 6. C. dict. t.* (b) *Nam & his fidejussor uti potest, l. ex persona 32. ff. de fidejussorib.* (c) *l. si fidejussor. 31. ff. d. t.*

Et potest fidejussor his experiri actionibus non solum nomine so- 41
lutæ pecuniæ, sed & pro interesse, & damno.

c. Pervenit, extra de fidejussoribus, l. si quis alicui 27. §. impendia, ff. Mandati.

Sed an confessio creditoris contenta in instrumento de soluta à fi- 42
dejussore pecunia ita probet factam solutionem, ut possit fidejussor præ-

prædictas actiones contra debitorem exercere, in quæstionem vocatur? Nobis affirmantium sententia haud displicet.

Per rationes Gomezii *Tomo 2. variar. resolut. cap. 13. de fidejussorib. n. 13.* Hering. *de fidejussor. c. 20. n. 48.*

43 Fidejussoria obligatione tenentur quoque hæredes fidejussoris, nisi actum sit nominatim ut mortuo ex fidejussoribus uno aut altero, alius in locum ipsius substituatur?

Pro ut alios referens scribit Berlich. *lib. 2. pract. conclus. concl. 26. num. 14. & seqq.*

44 Restant modi, quibus obligatio fidejussoria tollitur. Et ut summatim dicam, quibuscunque modis principalis obligatio tollitur, tollitur & fidejussoria obligatio.

l. Inomnibus 43. ff. de solut.

45 Quocirca solutione, (a) itemque novatione (b) debiti principalis, liberantur etiam fidejussores, ut & reo transactione liberato. (c)

a) *l. Granius 71. in pr. ff. de fidejussor.* (b) *l. 4. C. de fidejussorib. & l. ubicunque 60. ff. d. t.* (c) *l fidejussores 68. in fin. ff. eod. t.*

46 Si quoque ad certum usque tempus fidejussorem se aliquis obligavit elapso eo tempore, tenetur quidem fidejussor quo ad tempus præteritum, at non quoad tempus futurum.

Vide Matth. Colerum *de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 310.*

47 Liberatur quoque fidejussor indemnitatis, si probavit creditorem fuisse in culpâ & negligentiâ, quo minus debitum exigeret.

Emanuel Soarez. *in thesaur. recept. sentent. lit. F. num. 167.* Vasquius *lib. 1. controvers. illustr. cap 33. num. 8.* Iason *in l. decem stipulatus & ibi* Paulus de Castro. *ff. de verb. obligat. & in l. si decem. ff. de solut.* Sed vide Exceptiones apud Gomez. *tom. 2. var. resolut. cap. 13.* & Valent. Franc. *de fidejussor. cap. 6. num. 108.*

48 Similiter si fidejussor reo principali, vel hic illi heres extiterit, perimitur obligatio fidejussoria: (a) ut & si creditor debitori successerit, (b) vel creditori fidejussor. (c)

a) *l. Generaliter 5. in princ. l. cum reus 14. l. Lucius Titius 24. ff. de fidejussor, l. fidejussoris 24.* ubi Donell. C. *d. t.* (b) *d. l. Granius. 71. in princ. vers. Tamen ubi successerit, ff. d. t.* (c) *l. heres 21. §. ult. ff eod. tit.*

49 Denique fidejussoris pacto, ne à se petatur, Iure exceptionis tollitur fidejussoria obligatio: verum cæteris fidejussoribus pactum hoc non prodest.

l. Si stipulatus 15. §. ult ff. de fidejussorib.

CLAS.

CLAS. II. DISPUTAT. XVII.

DE CONSTITUTO, ET MANdato, quo quis pro alio intervenit, itemq; SC. Vellejano;

THESIS I.

QVemadmodum Fidejussione, sic & constituto & mandato interve- 1
nire quis potest.

Novell. 4. cap. 1. & 2. & Novell. 99. in princ.

Constitutum (*a*) est pactum (*b*) legitimum; (*c*) quo quis cre- 2
ditori suo vel alterius, spondet (*d*) solutorum se, (*e*) quod vel ipse vel alius (*f*) naturaliter & civiliter, vel naturaliter tantum debet. (*g*)

a) Constitutum appellatur hoc negotium *in l. sed etsi filiofamiliâs 7. l. hactenus. 11. in princip. l. qui autem 14. §. 1. l. item illa verba. 18. §. 1. vers. proinde, & l. promissor. 21. §. ult. ff. de constit. pecunia.* (b) *§. de constituta, Inst. de act. l. 1. in princ. d. l. qui autem 14. in fin, ff. de constit. pecun.* Cujac. *ad l. 6. circa finem ff. de pactis*, Iohan. Borcholt. *in Comment. ad d. tit. de pact. cap. 2. in secund. pact. divis. num. 33.* Idem tamen Cujac. *in Paratitl. ff. de constit. pecun.* negat constitum esse pactum, & affirmat esse contractum: id quod etiam plerique alii sentiunt, verùmenimverò cùm constitutum nudo consensu fiat, etiam inter absentes *d. l. 1. in princ. & d. l. qui autem. 4. & ult. ff. d. tit.* nec tamen usquam contractibus, qui solo fiunt consensu, annumeretur, neque mutuâ obligationem producat, quæ nota est contractuum, qui solo perficiuntur consensu, *§. ult. Inst. de obligat. ex consens. & l. 2. §. ult. ff. de obligat. & action.* neque actio constitutoria sit bonæfidei, *argum. §. actionum autem, Instit. de action.* qualis tamen omnis est actio ex contractu solo consensu perfecto, *d. §. actionum autem. Instit. de actionib.* nec denique constitutum per se sed ex confirmatione prætoria actionem pariat, *l. 1. & tot. tit. ff. de constit. pecun. & §. in personam quoque. Inst. de act.* quod proprium est, pactorum legitimorum, ex confirmatione scilicet legislatoris actionem producere, *d. l. legitima 6 ff. de pactis.* Non etiam contractuum, qui per se suaque natura actionem

constituunt, *l. Labeo. 19 ff. de verb. significat. l. jurisgentium. 7. § 1 ff. de pactis, & l. 1. in princ. ff. de obl. & act.* (c) Quia prætor hoc pactum confirmavit ad actionem, *l. 1. in princ. & tot. tit. ff. de constit. pecun.* Est igitur pactum legitimum *d l 6. ff. pact.* (d) Verbum spondere & pactis & stipulationibus commune est, *l jurisgentium. 7. §. quod ferè novissima. ff. de pactis.* (e) Solutionis verbum generale est, & pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam. *l. solutionis 54. ff. de solut. l. 4. §. 3. ff. de re judic. l. 47. l. 176. ff. de verb. signif.* Et constituere quis potest, le quid facturum, veluti daturum pignus vel fidejussores, *d. l qui autem. 14. §. 1. & 2. & l. promissor 21. § ultim. ff. de constit. pecun.* (f) *l. eum. 5. § quod exigimus, 2. ff. de constit. pecun. l. 1. Cod. d. t. & d. §. de constituta. Instit. de action.* (g) *l. 1. §. debitum autem. ff. de constit. pecun.*

3 Cæterùm in constituto spectamus, tum ipsam pecuniæ constitutionem, tum obligationem & actionem, quæ ex ipsa pecuniæ constitutione nascitur.

4 Constitutio pecuniæ, continet tum personas, quæ constituere possunt; ex quibus, item pro quibus constitui possit; tum pecuniam sive debitum, quod constituitur: tum denique modum constituendi pecuniam.

5 Et potest constituere non modo pater, sed & filiusfamiliâs. *(a)* Quin etiam mulier rectè constituit, si non intercedat. *(b)* Pupillus verò sine tutoris authoritate constituendo civiliter non obligatur, *(c)* ut nec pubes sine curatore suo. *(d)*

a) *l. 1. §. sed si filiusfamil. 3. ff. de constit. pecun.* (b) *dict. l. 1. §. 1. ff. eod.* (c) *d. l. 1. §. 2. ff. d. t.* (d) *l. si curatorem. 3. Cod. de in integr. restit. minorum.*

6 Sic constitui potest creditori non tantum patri, sed & filiofamiliâs, *(a)* item procuratori alicujus, & actori municipium; ut & tutori pupilli, curatori furiosi vel adolescentis, *(b)* & denique alicujus servo *(c)* etiam bona fide servienti. *(d)*

a) *Dict. l. sed & filiofamiliâs. 7. in princ ff. de constitut. pecun.* (b) *l. eum qui. 5 §. quod exigimus, 2. & §. si actor, 9. & l. & licet. 15. ff. dict. titul.* (c) *d. l. Eum qui Ephesi. 5. §. ultim ff. eod.* (d) *l. 6. ff. d. tit.*

7 Creditor ut sit cui constituitur, vel creditoris loco necesse est. Si n. mihi aut Titio stipuler, cum mihi tantum actio competat, Titio constitui suo nomine non potest; quia Titius non habet petitionem, tametsi solvi ei possit; *(a)* unde si posteaquam soli mihi te solutum constituisti, solveris adjecto Titio, nihilominus mihi teneberis, *(b)* à Titio tamen condictione indebiti repetere quod soluisti potes. *(c)*

a) *l. Sed etsi 7. §. 1. ff. de constit. pecuniæ.* (b) *l. si verò. 8. ff. eod. tit.* (c) *l. Tuum. 9. ff. d. t.*

Idem

Idem est, si ex duobus reis stipulandi, post alteri constitutum, alteri postea solutum sit: quia loco ejus cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur. 8

l. Idem est. 10. ff. de Obligat. & Actionib.

Constituere verò quis potest, non tantùm pro seipso, sed & pro alio debitore, (a) etiam absente & invito, (b) & qui nondum apparet. (c) 9

a) *l. Eum qui. 5. §. quod exigimus, 24. ff. de constit. pecun. & l. 1. Cod. eod. tit.* Et hoc etiam differt constitutum à fidejussione. Nemo enim pro se fidejubere potest, *l. hares. 21. §. servo. 2. ff de fidejussor.* (b) *l. utrum. 27. ff. dict. titul.* (c) *l. hactenus. 11. in princip. ff. eod.* 12

Sed ubi quis pro alio constituit, se soluturum, non novatur obligatio, sed adhuc is pro quo constituit obligatus manet. 10

l. Ubi quis 28. ff. eod. h. tit. & l. filiusfamilias. 15. ff. de in rem verso.

Quod autem attinet alteram inspectionem, certè quod constituitur, ita debitum sit exigimus: (a) vel ut pro debito aliud constituatur. Nihil n. prohibet aliud pro debito constitui: veluti si quis centum debens frumentum ejusdem pretii constituat, (b) Et licèt debitum non sit post constitutum, modò debitum fuerit cum constitueretur, tenet constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus & Iulianus scribunt teneri debere, licèt post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare & si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licèt in id tempus, quo non tenebatur. (c) 11

a) *Dict. l. eum qui. 5. §. quod exigimus & l. hactenus. 11. in princ. ff. de constit. pecun. & l. 2. in princ. vers. ult. Cod. eod. tit.* (b) *l. 1. §. an potest aliud. ff. dict. tit.* (c) *l. item illa. 13. §. quod adjicitur. 1. ff. eod. tit.*

Et parum refert, ex qua causa quid debeatur. Constitui enim potest ex quocunque contractu sive certi, sive incerti. Et si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelæ, vel quocunque alio contractu. (a) Quin etiam, qui injuriarum actione, vel furti, vel vi bonorum raptorum tenetur, constituendo obligatur. (b) 12

a) *l. 1. §. debitum autem ex quacunque causa, 6. ff. de constit. pecunia.* (b) *l. qui injuriarum. 29. ff. d. t.*

Debitum autem vel natura sufficit: sed & is, qui honoraria actione, non jure civili obligatus est, constituendo tenetur: proinde & pater, & dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quæ tum fuit in peculio cum constituebatur. 13

Dict. l. 1. §. debitum autem, 6. & §. seq. l. 2. l. id quod sub conditione. 19. §. ult. & l. seq. ff. de constit. pecun.

14 Et nihil refert, debitum consistat in quantitate, vel qua aliare. Ex lege enim Iustiniani, licet omnibus constituere, non solum res, quæ pondere, numero, mensuravé consistunt, sed etiam alias omnes, sive mobiles, sive immobiles, sive se moventes, sive instrumenta, sive alias quascunque res, quas homines in stipulationem possunt deducere.

l. 2 C. de constit. pec. & §. in personam quoque. Inst. de action.

15 Potest quoque id quod purè debetur, in diem vel sub conditione constitui: ut & quod sub conditione debetur, constitui potest purè vel in diem.

l. Sed mihi. 3. §. ultim. l. sæpe etiam. 4. l. id quod. 19. in princ. & §. 1. ff. de constit. pecun. & l. 2. in princ. C. dict. tit.

16 Sequitur de modo constituendi pecuniam, qui vel substantialis est, vel naturalis, vel accidentalis: Substantialis pecuniam constituendi modus est, qui consistit in specifica forma constituti, sine qua constitutum nec est, nec obligationem de constituta pecunia producit, ut cum nudo consensu absque stipulatione, creditori solutio debiti promittitur. (a) Creditori inquam: Si enim quis creditori constituat, se extraneo alicui soluturum, non tenebitur. (b)

a) *Dict. §. de constituta. Inst. de action. l. 1. in princ. l. qui autem. 14. §. ult. ff. de constit. pecun.* Fidejussio autem stipulationem requirit, *l. stipulationum. 5. §. satis acceptio. 2. ff. de verbor. obligation. l. 12. C. de fidejussorib.* [b] *l. eum qui. 5. §. item si mihi, 3. ff. de constit. pecunia.*

17 Hinc si quis inutiliter stipulatus sit, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est eum de constituta experiri non posse. Quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.

l. 1. §. Eum qui inutiliter. 4. ff. hoc titul. & l. 4. §. 2. ff. de verbor. obligation.

18 Naturalis modus constituendi pecuniam est, quem constituti proprietas naturalis desiderat, veluti cum constituens in eandem non duriorem causam se obligat. Si quis enim centum aureos debens, ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur: quia ea pecunia debita est. Item, si quis sortem & usuras, quæ non debeantur constituat, in sortem duntaxat tenebitur: (a) sed & si cum decem deberentur, decem & Stychum quis constituat, decem tantummodò nomine tenetur; (b) ut & ille conditionaliter tantummodò tenetur, qui id, quod sub conditione debetur, purè vel certo die constituat. (c)

a] *l. Hactenus 11. §. ult. ff. de constitut. pecun.* [b] *l. sed etsi decem 12. ff. d. t.* [c] *l. id quod. 19. in princ. ff. eod. l. Grace 8. §. illud versic. enimverò, ff. de fidejussor.*

Quod

Quod si etiam reus principalis purè sit obligatus, constituens verò 19
cum adjectione loci accipiatur, non obligatur constituens, ut qui in du-
riorem causam sit acceptus.

Arg. l. fidejussor. 16. §. qui certo. ff. de fidejussor. Non obligatur in-
quam, de loco adjecto, obligatur tamen purè, *arg. d. l. 16. §. sed etsi reus, ff.
d. t. juncta, & l. id quod. 19 in pr. ff. de const. pecun.*

Ex natura item constituti, potest quis in leviorem se obligare cau- 20
sam. Si quis enim viginti debens, decem constituat se soluturum, in de-
cem solummodò tenetur. [a] Si quis item, qui purè debet, sub condi-
tione constituat, valet constitutum. [b]

a] *l. Sed si quis viginti 13. ff. de const. pec.* [b] *l. id quod. 19. §. si is qui
purè. 1 ff. d. t. l. græcè. 8. §. 7. ff. de fidejussor.*

Similiter, si cum creditori soli aliquid sit promissum, quis constituat 21
se illi aut Titio soluturum, in meliorem causam intervenit. Levior enim
est causa ejus, qui creditori, vel adjecto, quam qui creditori soli solvere
promisit, [a] licet adjecto solvens stricto jure non liberetur, sed excep-
tione tantùm adiuvetur. [b]

a] *l. Hi qui accessionis 34. ff. de fidejussor.* ubi generalis definitio pro- 22
ponitur de his, qui accessionis loco promittunt, proindeque continet
etiam eos, qui pro alio se soluturos constituunt, Cujac. *in Commentar. in
lib. 29. Pauli ad edictum, pag. 40. & in lib. 72. ejusdem Paul. ad edictum
pag. 174.* [b] *l. pen. ff. de constit. pecun.*

Accidentalis pecuniam constituendi modus est, qui ex partium ar-
bitrio pendet: ut cum duo quasi rei constituunt, [a] item cum inter
præsentes vel absentes, per nuncium, [b] vel epistolam, [c] debita
pecunia constituitur.

a] *l. Si duo. 16. in princ. & l. utrum 27. ff. h. t.* [b] *l. qui autem. 14.
§. ult. ff. eod.* [c] *l. eum qui Ephesi. 5. §. Iulianus quoque 3. l. Titius Seio. 24. l.
quidam 26. & l. ult ff. h. t.*

Est item accidentalis constituendi modus, cum ipsi creditori puta 23
Titio & adjecto cuidam, veluti Sempronio, quis soluturum se consti-
tuit; [a] ut & cum quod in diem debetur, purè vel citeriore die, consti-
tuit se soluturum, [b]

a] *l. Si verò mihi. 8. & l pen ff. de constit pec. l hi qui accessionis 34. ff.
de fidejussor.* [b] *l. sed & si. 4. de constit. pecun.* Sed an is, qui ita consti-
tuit, ante diem principalis obligationis conveniri possit, quæritur, affir-
mat Cujac. *in Commentar. in lib. 29 Pauli ad edict pag. 38.* Sed postea
se corrigit idem Cujac. *pag. 46. per l. fidejussor obligari. 16. §. stipulatione.
ff. de fidejussor.* Glossa tamen *in d. l sed & si. 4. ff. constitut. pecun.* sentit,
quod constituens ante diem rei principalis possit conveniri, eaque sen-

rentia verior est, per textum. *in l. quod si maritus. 3. in fin. & d. l. 4. ff. de constit. pecun.*

24 Potest & hoc accidentali modo pecunia constitui, si constituens dixerit: Constituo, sive satisfacio, quod est securum re facio, item hoc modo: Satisfiet tibi à me. Tum etiam satisfiet tibi à me, aut Titio; quo utroque modo obligatur constituens in solidum, ac si tertius adjectus non fuisset: Et denique constitui hoc potest modo: Satisfiet tibi à me & Titio, verum constituens ita, pro parte tantùm tenetur, quia Titii adjectio inutilis non auget obligationem constituentis. At si dixerit constituens impersonaliter, *satisfiet*, non obligatur.

Novell. 115. c. 6. ubi Cujac. & *Auth. si quando*, ubi Bartolus Baldus Angelus & alii. C. *de constit. pecun. facit. l. eum qui Ephesi. 5. §. sed si quis constituerit. 4. ff. d. t.*

25 De constitutione pecuniæ hactenus: Sequitur de obligatione & actione, quæ ex pecuniæ constitutione nascitur. Est autem hæc obligatio ex jure prætorio, [a] & rei persecutionem continet, non pœnam, [b] proindeque etiam constituentis hæredes vinculo hujus obligationis constringuntur, & hæredibus creditoris prodest hæc obligatio. [c]

a) *l. 1. In princ. ff. de constitut. pecun. & §. in personam quoque Institut. de actionibus.* (b) *l. item illa verba. 18. §. pen. ff. de constit. pecun.* (c) *l. 1. l. 2. in princ. vers. suis tamen, ibi, sed & hæredibus & contra hæredes competat. C. d. t.*

26 Qui autem constituit se satisdaturum, fidejussorem vel pignora dare obligatus est. At qui soluturum se constituit, si offerat satisdationem, non satisfacit constituto.

l. Promissor 21. §. ult. ff. hoc t.

27 Quod si res constituta post moram constituentis perierit, pretium ejus solvere constitutor tenetur.

l. Promissor. 23. & l. promissor. 21. ff. de const. pecunia.

28 Et licet quis sine die constituerit, modicum tamen tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur.

Dict. l. promissor. 21. §. 1. ff hoc t.

29 Etsi autem constitutoria obligatione non novetur prior obligatio, solutio tamen utramque obligationem tollit.

l. Item. 18. §. ul. ff. de const. pec.

30 Atque hæc constitutoria obligatio, non minus quam fidejussoria, admittit beneficium ordinis, [a] itemque inter plures constitutores divisionis beneficium ex Epistola D. Hadriani. [b]

a] *Novell. 4. c. 1. & Novell. 99. in princ. Novell. 136. c. 1.* vide Gail. lib. 2.

lib. 2. obs. 28. (b) *l. ult. C. de const. pecun.* ubi pro his verbis: ÆQUITATIS ENIM RATIO, diversas species actionis excludere nullo modo debet Franc. Balduinus *in Iustiniano pag. 379.* sic legi debere scribit; Æquitatem enim divisionis species actionis excludere nullo modo debet, *arg. l. pen. in fin. ff. de fidejussor. & nominator. & hæredib. tutor. & curator.*

Actio autem quam ex tali obligatione exercere potest creditor, dicitur actio de constituta pecunia, (a) item actio constitutoria, (b) & actio constitutæ pecuniæ, (c) & actio constituta: (d) quæ licet prætoria sit, non tamen annalis, sed perpetua, id est, in triginta annorum metis posita est. (e) 31

a) §. *In personam. & §. seq. Instit. de actionib. l. 2. C. de constit. pecun.* (b) *l. nec enim. 20. ff. dict. tit.* (c) *l. 1. l. 2. Cod. eod. tit. l. qui id quod. 33. in prine. ff. de donat.* (d) *d. l. 2. §. 1. C. de constit. pecun.* (e) *dict. l. 2. in princip. Cod. eod.*

Vt constituto, sic & mandato, sicuti ab initio dictum fuit, intervenire quis, atque ita obligari pro alio potest: veluti si quis mandet alicui pecuniam dari. (a) Qui autem solo mandato fidem suam pro alio obstrinxit, ordinis quoque beneficio gaudet; (b) & si plures sint ex intercessione mandatores, inter eos quoque divisionis beneficium locum habet. [c] 32

a] *l. Fidejussor seu mandator. 10. l. si alienam. l. reos. 23. C. de fidejussorib.* [b] *Novell. 4. cap. 1. & Novell. 99. in princ.* [c] *l. ult. Cod. de constit. pecun.*

Mulier autem, sive fidejubeat, [a] sive constituat, [b] sive mandato [c] suo pro alio intercedat, vel etiam expromittat quod alius debet, [d] aut novam obligationem pro alio suscipiat: veluti si cum alius esset mutuam pecuniam accepturus, ipsa interposita sit, quæ acciperet, & se ab initio ream constitueret, [e] vel res suas, [f] aut sibi obligatas [g] pro alio pignori det aut vendat, [h] SC. Vellejano adjuvatur, etiamsi pro patre, filio, vel alio conjuncto intercedat. [i] 33

a] *l. Si Titio. 48 in princ. ff. de fidejussor, l. 2. §. 1. ibi, quoad fidejussiones. ff. ad SCtum Vellejan.* [b] *l. 1. §. 1. ff. de constit. pecun.* [c] *l. fidejussores. 6. & l. seq l. tutor. 19. in princip. ff. ad SC. Vellejan.* [d] *l. 1. l. 4. l si mulier 16. C. d tit.* Expromittere est alienam obligationem in se recipere, liberato priore reo, *l. & eleganter. 7. §. servus pactionis.* ubi Cujac. *ff. de dolo. l. qui libertum. 37. in fine. ff de oper. libert. l. quamvis 8. § si convenerit, ff. ad SC. Vellejan.* [e] *d l quamvis 8. §. si cum essem, ff. dict. t. l. 4. vers. sive cum alius, l. cum ad eos 19. C. eod. tit.* [f] *d. l. quamvis 8. in princ. ff. hoc tit. l. si dotare. 12. C. eod.* [g] *l. vir uxori. 17. §. 1. & §. si mulier, ff. d. tit.*

d. tit. [h] *l. ultim. §. item si mulier, ff. h. tit.* [i] *l. 2. §. fin. ff. d. tit.* vide *disput. precedent. thes 4. & 5.* & intuere Excellentiss. Dn. Besold. *part. 2. delibat. ad ff. lib. 16. quæst. 1.*

34 Cæterùm succurrunt jura intervenienti pro alio mulieri, vel ipso jure, vel remedio judiciali: Ipso jure si intercessit mulier absque publico instrumento, à tribus testibus obsignato, (a) vel pro viro suo, se vel bona sua obligavit. (b)

a) *l. Antiquæ 23. §. ult. Cod. ad SC. Vell.* Franc. Balduin. *in Justinian. pag. 432.* (b) *Novell. 134. cap. 8. vers. & illud verò.* Balduinus. *dict. pagin. 432. & seq.* Dn. D. Besold. *vol. 2. consil. 32.*

35 Remedium judiciale, quo mulieri pro alio intervenienti subvenitur, est vel exceptio vel replicatio, vel condictio: quibus remediis locus est, si de mulieris intercessione, publicum & tribus testibus consignatum instrumentum confectum sit.

Dict. l. antiquæ 23. §. ne autem. ubi Bald. *C. ad SC. Vellejan.*

36 Exceptio datur mulieri, si ex intercessione judicio conveniatur à creditore, (a) eaque prodest mulieri, etiamsi condemnata eam opponat. (b)

a) *l. & primo. 2. §. 1. l. si fidejussores. 6. l. quanquam. 7. l. quamvis. 8. §. 2. ff. d. t. l. 2. l. si paternam 8. & l. seq. l. 16. C. eod. tit.* (b) *l. tametsi. 11. & ibi gloss. ff. ad SC. Maced.* Sichardus. *ad Rubr. Cod. ad SC. Vellejan. numer. 9.*

37 Replicatione utitur mulier, tum in casu ab Africano IC. libr. 4. proposita, [a] tum etiam in casu proposito à IC. Pomponio lib. 1. Senatusconsultorum. [b]

a) *l. Vir uxori 17. §. 1. ff. ad SC. Vell.* (b) *l. ult. §. item d. t.*

38 Condictio datur mulieri, si contra SC. obligata pecuniam solverit, etiam delegando debitorem suum. Hoc enim casu solutum condicere potest.

l. Qui exceptionem. 40. in princ. ff. de condition. indebit. dict. l. quamvis. 8. §. interdum. l. debitrix 24. §. si SC. Vellejan. ff. hoc titul. l. quamvis 9. Cod. dict. tit.

39 Quod si verò mulier, ex intercessione quod solvit, nolit repetere, sed mandati agere, & cavere velit de indemnitate reo principali, audienda est.

l. Paulus. 31. ff. ad SC. Vellejan.

40 Atque hujusmodi remedia, mulieri, quæ pro alio intercessit, competentia, ejus quoque fidejussoribus prosunt.

l. Quamvis. 8. §. sed si is qui 4. ff. ad SC. Vellejan. l. mulierem. 14. Cod. dict. titul.

Dene-

Denegantur autem mulieri, iſthæc juris beneficia, ſi callidè verſa- 41
ta ſit, [a] ſi in rem vel utilitatem ſuam interceſſerit, [b] ſi donationis beneficium in aliquem contulerit, [c] ſi quod ipſa geſſerit alium ratum habiturum promiſerit, [d] ſi pro fœmina nubente dotem conſtituerit, aut pro eo, qui dotem promiſit, fidejuſſerit, [e] ſi poſt biennium denuò interceſſerit; [f] ſi ut ſervus manumitteretur interceſſerit, [g] ſi quodam lucro impulſa fidejuſſerit, [h] ſi veterem obligationem mutando delegari ſe debitricem patiatur, [i] ſi tutelam ſuorum liberorum ſuſcipiens auxilio SC. Vellejani renunciarit. [k]

a] *l. 2. §. Sedita, l. ſi mulier 22. l. ſi decipiendi 30. C ad SC. Vellejan. l. fœminis. 18. C. d. t.* [b] *aliquando 13 in princ. l. ſi pro aliquo 21. & l. ſeq. l. bona fide 27. ff eod. tit.* [c] *l. 4. §. 1. ff. eod.* [d] *l. ſi mulieris 15. ff. hoc tit.* [e] *l ſi dotare 12. & l. ult. C. d. t.* [f] *l. ſi mulier 22. C. eod.* [g] *l. pen. C. eod.* [h] *d l. antiquæ 29 C. d t.* [i] *l. 10. ff. d. tit.* [k] *l. ult. C. Quando mulier tut. offic fung. Novell 94. cap. 2. & Nov. 118. cap. 5.*

Quod ſi etiam mulier de hoc ſuo jure certiorata, renunciarit ei 42
etiam extra judicium, non juvatur SC. Vellejano. *(a)* Neque ſi juramento renunciarit illi. *(b)* Niſi enormiter læſa fuerit. *(c)*

a) *Dict. l. quamvis 8. §. ſi mulier poſt interceſſionem, l. Paulus 31. l. ultim. §. ſi mulier, ff. ad SC. Vellej. l. jubemus 20. Cod. d. t. l. ſi quis in conſcribendo 51. Cod. de Epiſc. & Cleric. l. ſi quis in conſcribendo 29. Cod. de pact.* Gail. *lib. 2. pract. obſ. obſ. 77.* Pet. Fab. *in l. 2. ff. de R. I.* Niſi ſpecialiter etiam renunciaverit beneficio *auth. ſi qua mulier. C. h. tit.* Honded. *conſult. 45. num. 18. vol. 1 part. 3.* Theſaur. *deciſ. 223.* Cardinal. Tuſchus. *tom. 5. pract. concluſ. lit. M. concluſ. 421. num.* (b) *c ex reſcripto, & c. cum contingat. ext. de jurejur.* Gail. *d. obſervat. 77. num. 10.* (c) Gail. *d. obſervat. 77. numer. 11. & ſeqq.*

Eſt & illud hîc notandum, quod licet mulieri pro alio intercedenti prædictis modis ſuccurratur, creditori tamen in principalem debitorem, ex æquitate competentes actiones dari, *(a)* & quidem priſtinam actionem, ſi obligationem alienam novatione facta, in ſe mulier ſuſceperit: *(b)* ſi verò novam obligationem ſuſceperit pro alio mulier, eadem datur creditori actio contra principalem debitorem, qua mulier ex interceſſione tenebatur. *(c)* 43

a) *l. 1 §. Vltim. l. actiones 10. l. ſi mulier 16. in fin ff ad SC. Vellejan.* (b) *d. l. quamvis 8. §. Marcellus, & §. ſi mulieri ff dict. tit. l. ſi paternam. 8. l. ſi mulieris 16. C. eod. tit.* (c) *d. l. quamvis 8. §. ſi cum eſſem, ubi gloſſ. in verbo non obligari, ff. h. tit.* Cujac. *lib. 16. obſerv. cap. 27.*

44 Atque hæ actiones competunt etiam successoribus, & in successores, itemque fidejussoribus debitoris dantur, & quidem, cùm rei persecutionem habeant, perpetuò.

Dict. l. hæ actiones. 10. l. si mulieri 14. ff. ad SC. Vellejan.

Clas. II. Disput. XVIII.

De jure dotium.

Thesis I.

1 CVM dos vel pollicitatione, vel pacto, vel contractu puta stipulatione constituatur, (*a*) congruo ordine hanc de jure dotium materiam subjicimus.

a) *l. Si voluntate. 4. & tot. tit. C. de dotis promiss. vel nuda pollicitas. l. 1. in princ. C. de jure dot. & l. 1. §. pen ff. de dotis collat. l. contractus 23. ibi, Item, dotis datio, ff. de reg. jur.* De hoc juris argumento vide etiam disputat. Obrecht. *de patrimonio mulier. & disput. de jure dotium.*

2 Dos autem est res, [*a*] quæ ex parte mulieris, [*b*] viro ipsius, vel ante, vel post nuptias, [*c*] ad sustinenda facilius matrimonii onera, [*d*] donatur. [*e*]

a) *l. Si pater 41. ibi, dotem numeravit, ff. solut. matrimo. Rubric. C. de dote cauta non numerata. l. ult. ibi, pars dotis, ff. de jure dotium.* Ex quibus locis intelligimus, quod dos etiam numerari, item in partes dividi possit. Est ergo dos res quædam, uti evincitur etiam ex eo, quod actio dotis, sive de dote actio, quæ ita appellatur in *l. si ab hostibus. 10. §. 1. l. sed etsi 21. l. si pater 61. ff. solut. matrimon. l. 4. ff. de pactis dotalib.* aliàs dicitur rei uxoriæ actio. *Tit. C. de rei uxor. act.* Unde sequitur, perperam ab aliquibus dotem definiri jus. Huc quoque facit, quòd generalis, & incerta Iudicis sententia de dote, non valet, *l. fin. C. de sentent. quæ sine certa quantitat. prof.* Item, quod dos minui dicitur impensis mariti, *l. quod dicitur. 5. ff. de impens in res dotal. fact.* Sed dotem esse jus, ex eo probant, quòd dos, quædam esse universitas dicitur, *l. 1. §. impensæ autem, ff. de dote prælegat.* At grex etiam universitas est, jus tamen non est, siquidem ejus nomine rei vindicatio detur, *l. 1. in fin. ff. de rei vindicat.* Sed aliud

esse

esse dotem, aliud rem, vel ex eo apparere videtur, quod res in dotem dari ubique dicitur. Aliud itaque dos est, aliud res, quæ in dotem datur. Verum quia non omnis res, quam uxor in matrimonium adfert, dos est, *l. ultim. C. de pactis conventis.* Mynsinger. *cent 3. observ. 53.* idcirco res in dotem dari dicitur, ut scilicet eadem res, hanc qualitatem induat, & dos fiat. Quia verò non tantùm res corporales, sed & jura in dotem dari possunt, ut post dicetur, appellatione rei utor, quæ generalis est, & non modò corpora, sed & jura complectitur, *l. rei appellatione 23. ff. de verbor. signif. Tit. Instit. de rebus corporalibus & incorporalibus.* Cujac. *lib. 11. quæstion. Papin. pag. 271. col. 1.* dos, ait, est res vel pecunia, quæ datur viro matrimonii nomine. (b) Dos non tantùm ab ipsa muliere, sed & ejus nomine, ab alio dari potest. *l. 1. §. 1. & 2. l. si cum dotem 22. ff. solut. matrim. l. si constante. 19. C. de donat. ante nupt. l. ex morte 9. Cod. de pact. convent.* Idcirco in definitione dico, ex parte mulieris. (c) *§. sed nos plenissimo, Instit. de donat. & l. cum multa 20. vers. Quare enim dotem, & vers. Sancimus itaque, Cod. de donat ante nupt.* (d) *l. dotis fructum 7. l. si ita 56. §. ibi dos. l. quamvis 75. & l. seq. ff. de jur. dot. l. pro omnibus 20. C. d. tit.* (e) *l. ult. in princ. vers. Sancimus itaque, ibi, propter dotis donationem, Cod. de donationibus ante nupt.* Francisc. Hotoman. *tract. de dotibus, num. 1.* Dotem definit donationem: *& num. 3.* scribit, dotem non sub categoriam substantiæ, sed potiùs sub actionis categoriam esse subjiciendam. Id quod etiam sentire videtur Cujac. *in Paratitl. C. de C. de dotis promiss.* ubi dos, ait, est conventio, &c. At hæc sententia ferenda non est: cum enim dotis datio sit donatio, ut arguit *d. l. ult. C. d. t.* certè ipsa dos per se donatio non est, sed est res, quæ donatur, & vocatur Germanis Mitgifft / Heyrahtsgelt / Heyrahtgut / Brautschatz. vide me *in tract. de donat. cap. 8. in princ.*

In dote autem spectamus, tum ejus constitutionem: *(a)* illius 3
constitutæ, & marito datæ naturam: *(b)* tum denique dotis repetitionem. *(c)*

a) *De hac est tit. C. de dotis promiss & tit. ff. de pactis dotalib Item tit. C. de pactis convent.* (b) *de hoc jure est t. t ff. & C. de jure dot. & tit. ff. de fund. dotal.* (c) *de hac tractatur tit. ff. & C. solut. matrimon. quemadmodum dos petatur, & tit. ff. de impensis in res dotales fact. & t. C. de rei uxor. action.*

In dotis constitutione, quadruplex inspectio incurrit: una de his, 4
qui dotem, & quibus, quo tempore constituant: altera de rebus, quæ in dotem dantur: tertia de modo constituendi dotem: quarta de actione, quâ dos constituta, nondum tradita, peti potest.

Constituit autem dotem pater pro filia sua, quam in patria potesta- 5

te poſitam habet: cui ſi dotem dare neget, per Magiſtratum ad hoc compelli poteſt. (a) Adeò, ut ſi filiusfam. mutuam pecuniam acceperit, ut eam pro ſorore ſua in dotem daret, pater de in rem verſo teneatur. (b)

a) *l. Vlt. §. neque enim. C. de dotis promiſſ. l. mulier 23. §. fin. ff. ad Senatuſconſultum Trebell. l. capite. 19 ff. de ritu nuptiar. & l. dotem 6. ff. de collat.* Donell. *libr. 12. Commentar. cap. 2 pag. 6 in princ. & cap. 14. pag. 52.* Hotoman. *tract. de dotibus, num. 27. 28. 30. & ſeq.* ubi diſſentientem Connanum refutat. vide quoque Boer. *deciſion. 130.* ubi quædam utilia hac de quæſtione proponit. adde Enenckel. *de privil. parent. & liber. privil. 8. cap. 1, & ſeqq.* Sed an parens jure actionis, vel officio judicis compellatur dare filiæ dotem diſquirit Cævallos *commun. opin. quæſt. 5.* (b) *l. filiusfam. 17. ff. ad Senatuſconſultum Macedo.*

6 Et non tantum naturalis, ſed & adoptivus pater filiæ ſuæ familiâs dotem dare tenetur: (a) ut & filiæ emancipatæ, (b) ſi pauper ſit, & aliunde dotem non habeat. (c)

a) *l. Profectitia. 5 §. adoptivum quoque ff. de jure dot. & faciunt huc generalia verba dict. l. capite 19. ff. de ritu nuptiar.* Hotoman. *in dict. tract dotis, num. 31.* (b) *l. Profectitia. 5. §. ſi pater pro filia. & §. ſeq. l. ſi pater. 44. l. ſi res quas 51. ff. de jure dotium.* facit etiam *lex. ultim. C. de dotis promiſſ.* quæ etiam de emancipatis loquitur. *Merenda. libr. 3. controverſ. 15.* (c) *arg. l. ſi quis. 5. §. 1. ff. de aguoſcend. & alend. liber.* ubi dicitur, quod pater hanc etiam filiam alere teneatur. Dos autem & alimenta æquiparantur, *gl. in l. ob as, C. de prædiis minor.* imò eſt major ratio dotis, quàm alimentorum, Cyn. *in l. 1. ff. de alend. liber. & in l. Non omni. 16. C. de adminiſtration. tutor.* Argumentum ab alimentis ad dotem valet. Everhard. *in Topic. in loco ab alimentis ad dotem.* Hotoman. *in Tract. de dotibus, num. 32.*

7 Quod ſi furioſus, prodigusve ſit pater, curator ejus dotem conſtituit: Sin à latronibus, aut ab hoſtibus ſit captus, dotem Magiſtratus decernit.

Dict. leg. Profectitia. 5. §. Sed etſi curator & §. ſeq. ff. de jure dot.

8 Quod de patre diximus, idem etiam de avo paterno exaudiri volumus: nam & hic neptem ſuam, quam in poteſtate ſuâ habet, dotare tenetur.

Dict. leg. capite. 19. ff. de ritu nuptiar. l. dotem dedit 6. ff. de collat. l. Et ideò. 7. §. fin. & l. ſeq. ff. de in rem verſo. Bart. *in l. 1. ff. ſolut. matrim.* Cujacius *in Comment. in lib. 50. Pauli ad edictum, pag. 83 fac. 1.* Doctores tamen volunt, quod hæc ſententia non procedat, ſi pater ſit dives; quia tunc de ſuo tenetur filiam dotare: Cævallos, *commun. opin. quæſt. 647.*

Pro

Pro qua ſententia facit, quod avus propter filium nepti ſuæ dotem dare tenetur. Et mortuo avo patri dos reddenda eſt. *l. 6. ff. de collat.* ſed obſtat *theſis ſequens cum fundamentis.* Vide Graſſum *lib. 1. commun. opin. c. 6. quæſt. 4.* Franciſc. Vivium *libr. 2. commun. opinion. cap. 99.* vide Me *dict. tr. de donat. c. 8. n. 20. ubi multi citati.*

Sed an pater, vel avus paternus, etiam locupleti ſuæ filiæ, vel nepti dotem dare teneatur, in dubium vocatur? Nobis affirmantium ſententia placet. 9

Dict. l. ultim. ubi Bald. & communiter Dd. *C. de dotis promiſſ.* Zaſ. *in l. 1. ff. ſolut. matrim. mihi pag. 8.* Menochius *conſil. 8. num. 7. & 19.* Cæphal. *conſil. 485. num. 16. & 24 lib. 4.* Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſerv. 95. num. 14.* Everh. *in Topic. in loco à dote ad alimenta, num. 2.* Mynſ. *cent. 5. obſerv. 32. num. 2 & cent. 6. obſerv 85* Diſſentit Duaren. *ad tit. ſolut. matrim. Tract. de dotibus & dot jure c. 3.* Vaſqu. *lib 1. de ſucceſſ. progreſſ. §. 4. num. 53.* Michael Graſſius *lib. 1. commun opinion. c. 6 quæſtion. 3.* Pro quibus facere videtur *l. Mulier 22. §. penultim verſ. Quod tantos fructus, ff. ad Senatuſconſultum Trebellian* At fructus, de quibus ibi agitur, à patre proficiſcuntur. Item pro contraria facit opinione, quod pater prolem ſuam locupletem alere non tenetur, *l. ſi quis à liberis. ff de liberis agnoſc.* ſed major eſt dotis favor, quam alimentorum. Nam divitem prolem parens dotare tenetur, *l. ultim. C. de dotis promiſſ.* Sed tenetur pater alere inopem filiam naturalem: Ergò, &c. vide Merendam *lib. 3. controv. 14.* & ſi avus paternus dotavit neptem quæſtio eſt cujus contemplatione hoc factum cenſeatur, quam quæſtionem examinat, Honded. *conſult. 90. vol. 1.* & Cravett. *conſ. 219.*

Quæritur de naturali filia, ex concubina ſcilicet ſuſcepta, an & hanc pater dotare teneatur? Nos ajentium partes eatenus ſequimur, quatenus hæc filia aliunde dotem non habeat; Tunc enim ex æquo & bono, arbitratu boni viri, dotem ei conſtituere tenetur pater. 10

Per c. cùm haberet, in fin. ibi, neceſſaria ſubminiſtret, extr. de eo, qui duxit in matrim. & Novell. 89. c. 12. Diſcretis agitur. Facit quod & emancipatæ filiæ pater dotem conſtituere tenetur: *uti habet Theſis 6.* Ferdinand. Vaſqu. *d. lib. 1. de ſucceſſ. progreſſu, §. 4. n. 56.* Nicol. Everh. *in Topic. legalibus in loco ab alimentis ad dotem, n. 6.* Hotom. *in Tractatu de dotibus num. 33.*

De ſpuria majus eſt dubium: quippe, cùm eam pater jure civili [a] ne quidem alere teneatur. Sed & hanc cum æqua dote collocari à patre naturali, canonica ſanctio jubet. [b] 11

a) *Novell. 89. c. ult. Auth. ex complexu, C. de inceſt. de inutilib. nupt. c. Per venerabilem, extr. Qui filii ſint legitimi.* (b) *d. c. Cum haberet, ex-*

trade eo, qui duxit in matrim. Gabriel. Palæot. *lib. singul. de nothis & spur. c. 49. & seq.* Ferdinand. Vasqu. *d. lib. 1. de success. progress. §. 4. num. 56.* Didac. Covarr. *lib. 4. Decretal. pag. 164. & 174.* Consultat. Constitut. Saxon. *quæst. 12. num. 8.* Martin Colerus *de alimentis lib. 1. c. 3 n. 56.* Dissentit Hotom. *Tract. de dotibus, n. 33. per l. uxorem. 4. §. Pater naturalis, ff. de legat. 3. & dict. Novell. 89. c. ult.*

12 Quid, si filia, inscio, vel invito patre, marito tamen digno, licèt pauperi nupserit, nunquid pater eam dotare tenetur? Ita quidem Dd. communiter sentiunt: (a) Negatum tamen pronunciatum Iuri consonat. (b)

a) Didac. Covar. *in epit. in lib. 4. Decretal. part. 2. c. 3. §. 8. num. 7.* Zas. *in §. fuerat, num. 33. Inst. de actionib.* Soarez. *in Thesauro recept. sent. lit. D. num. 343. & seqq.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. practic. observ. 95. num. 10.* Tyraquell. *in Tract reg. cessante causa cesset effectus. limitat. 22. n. 10.* (b) *§. si adversus ea, Instit. de nuptiis, l. 3. ff. de jure dot. l. fin. in princ. C. de donat. ante nupt* Sichard. *ad l. 7. num. 9. & 10. C. de dotis promiss.* Atque ita etiam jure Würtembergico cautum est, *pag. 345. §.* Nach dem wir. Et permittit cujusque loci Magistratui talem ordinationem Reichs-Abschid/ *de anno 1548. t.* Von Sacramenten der Ehe *in fin. pag. 33.*

13 Orthodoxus tamen pater, filiam suam hæreticam, indotatam relinquere potest.

l. Cognovimus 19. ubi Gothofred. *C. de heretic. Novell. 109. cap. 1. & Novell. 115. cap. 3. §. si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus.*

14 Mater quoque nisi sit heretica, (a) vel magna probabilis causa id suadeat, (b) filiæ suæ dotem dare non tenetur: proindeque nec avus maternus. (c)

a) *Dict. l. cognovimus 19. §. 1. C. de haeret.* (b) *l. neque mater. 14. C. de jur. dot.* unde si inops sit filia, nec sine dote virum habere queat, matrem quoque & avum maternum locupletem dotare eam teneri, dicendum videtur, *per l. si quis. 5. §. ergo & matrem, & §. seq. & l. penult. ff. de agnoscend. & alend. liber.* Schurff. *consil. 8. num. 2. cent. 1.* Everh. *in locis legal. in loco, ab aliment. ad dotem, num. 5.* Si tamen mater filiæ dotem dederit, repetere eam, sive condicere non potest: eò quod licèt non jure, pietatis tamen causa eam dedit, *l. cum is. 32. §. mulier, aliàs, matri ff. de condict. indeb.* (c) *l. Gajus Sejus. 45. ff. solut. matrim.* Pruckm. *de different. utriusque sexus part. 2. pr. act. 38.*

15 Sed an frater, sorori suæ dotem constituere cogatur, quæri etiam solet? Et nos affirmantium opinioni subscribendum putamus, si frater germanus sit, & is locuples fuerit, soror verò paupertate prematur.

Per

Per textum in l. cùm plures 12. §. cùm tutor, verſ. ſed non dabit dotem, ff. de adminiſtrat. & pericul. tutor. junct. l. penult. ff. de agnoſ. & alend. liber. Duar. *ad t. ſolut. matrim. tract. de dotibus & dot. jure, c. 3.* Iacob. Butrig. *in Tract. de dote, num. 2.* Odofred. *tract. eod. num 3.* Iohan. Sichard. *in l. ult. num. 28. C. de dotis promiſſ.* Hotom. *in tract. de dotibus, num. 38.* Atque hæc communis eſt Dd. opinio, Emanuel Soarez. *in Theſauro recept. ſententiar. lit. D. num. 350.* Michaël Graſſ. *lib. 1. commun. opinion. cap. 6. quæſt. 5.*

Quocirca, matri quoque viduæ, juveni, & egenæ, filius dives dotem 16
dare cogitur.

Per d. l. cum plures 12. §. cùm tutor. verſ. ſed non dabit. ff. de adminiſtr. & pericul. tutor. junct. l. ſi quis. 5. §. utrùm autem. 2. verſ. an verò etiam matrem, ff. de agnoſcend. & alend. liber. Bald. Novell. *in tract. de dote, part 6. priv. 16. n. 5.* Hotom. *in tr. de dotib. n. 37.* adde me *in tract. de donat. cap. 8. num. 28.*

Curator item adoleſcentulæ, cujus curam gerit, dotem decernere 17
tenetur. (*a*) Poteſt & quilibet extraneus, (*b*) etiam fœmina, non modò pro ſe, (*c*) ſed & pro alia, (*d*) ſi velit, dotem alicui conſtituere.

a) *l. Sive generalis. 61. in princ. & §. 1. ff. de jure dot.* Hotom. *in tr. de dotib. num. 39. & ſeq. ubi vide.* (b) *l. cùm dotem 22. in princ. ff. ſolut. matr. l. unic. §. accedit. 13. C. de rei uxor. action.* (c) *l. nuptura. 57. ff. de jure dot.* (d) *l. ult. C. ad SC. Vellejan.*

Sed an maritatæ quis teneatur dare dotem quæritur? Nobis affir- 18
mativa placet.

Per l. Si jam pacta ff. de condit. & demonſtr. & l. antepen. ff. de condit. & demonſtr. Tyraq. *in tract. Reg. ceſſante cauſa, limit. 18. num. 2. 3. & 4. & limit. 22.* vide me *d. tr. de donat. c. 8. num. 30.* Sed ſi unus ex fratribus dotavit ſororem an habeat adverſus cæteros actionem diſquirit Kellenbenz. *tract. de renunciat. quæſt. 33 n. 61. & ſeqq.*

Conſtitui autem dos poteſt, non tantùm ipſimet marito, ſed & ejus 19
juſſu alii, (*a*) veluti adjecto. (*b*) Quin etiam filiofamiliâs & ſervo mariti dos dari poteſt, (*c*) ita tamen, ut neque periculum, neque culpam pater, aut maritus præſtet. (*d*) Si verò maritus ſit filiusfamiliâs, patri ipſius rectè dos conſtituitur. (*e*)

a) *l. Etiamſi alii 19. l. ſi mulier 59. ff de jure dot. l. ſi cum dotem 22. §. tranſgrediamur. ff. ſolut. matrim.* (b) *d. l. ſi mulier 59. ff. de jure dot. l. ſi nuptura 14. ff. de fundo dotal.* (c) *d. l. ſi cùm dotem 22. §. tranſgrediamur. ff. ſolut. matr.* (d) *l. quemadmodum 46 in pr. ff. de jure dot.* (e) *l. nuptura 57. ff. d. t. d. l. ſi cùm dotem 22. §. tranſgrediamur, verſ. ſed ſi filiusfam. ff. ſolut.*

solut. matrim. & l. si socer 19. C. d. t. Maritus autem qui duxit uxorem nulla facta mentione dotis an possit eam cogere, ut sibi dotem constituat. vide Merendam. *lib. 2. quæst. jur. c. 47.*

20 Tempus constituendæ dotis est, & quod præcedit, & quod sequitur nuptias.

§. Sed nos plenissimo. Institut. de donat. l. cum multa 20. vers. quare enim, & vers. sancimus itaque. C. de donat. ante nupt.

21 Sequitur modò altera inspectio, de rebus scilicet, quæ in dotem dantur. Harum autem rerum consideratio duplex est, una de qualitate, altera de quantitate. *(a)* Qualitatem quod attinet, possunt in dotem dari res tum mobiles, vel immobiles: *(b)* tum corporales, vel incorporales. Et corporales, vel ut species, vel ut quantitates, puta in pondere, numero, vel mensura. *(c)*

a) Hotoman. *in tractat. de dotibus, num. 43.* (b) *l. res 43. cum legibus seqq. ff. de jure dot. l. un. §. cùm autem. Cod. de rei uxor act. l. si ante 6. cum legibus seqq ff. solut. matrimon. l. in rebus 30. C. de jure dot.* (c) *l. res in dotem. 42 ff de jure dotium, l. un. §. exactio. C. de rei uxor. act.*

22 Incorporales res, quæ in dotem dari possunt, sunt hæreditas, *(a)* ususfructus, *(b)* & nomina, &c. *(c)*

a) *l. Nec ullam 13. §. apud Marcellum, ff de petit. heredit.* (b) *l. dotis fructum 7. §. 2. ff. de jure dot. l. interest 6. C. de usufruct. l. si socrus 18. C. de jure dot. & l. 4. ff. dict. tit.* (c) *l. 2. C. de obligat. & actionib. l. cùm dotem 71. ff. de jure dot.* Vide Bald. Novell. *in tractat. de dote, part. 6. privileg. 71. num. 1.*

23 Possunt præterea in dotem dari, non tantum res propriæ, sed & alienæ, *(a)* ita ut usucapiendi conditio, in maritum transferatur. *(b)*

a) *l. Iure succursum 6. §. 1. l. pater 81. ff. de jure dot. l. si alienam 11. ff. solut. matr.* (b) *l. unic. C. de usucap. pro dote, & t. t. ff. pro dote.*

24 Vasallus tamen feudum suum dare in dotem non potest: *(a)* quamvis in fructibus feudi filiæ constituere dotem non prohibeatur. *(b)*

a) *Tit. qualiter olim poterat feudum alien. §. donare, libr. 2. feudor.* Mynsinger. *centur. 4. observat. 84* & post alios Ioan. Borcholt. *de feudis cap. 8 num. 40.* (b) Mynsing. *post alios dict. observ. 86.* quatenus verò & quanta dos ex feudis persolvi debeat. vide Me *in tract. de success feud. cap. 3. quæst. 44.* Hartman. Pistor. *lib. 2. quæst. 37.* Petr. Wesenbec. *consil. 4. quæst. 2.*

25 Hinc quæritur; Si Vasallus cum consensu domini & agnatorum usufructuariam instituat uxorem suam in feudo, & uxor marito Vasallo defun-

defuncto vendat usumfructum agnatis, num dotare filiam teneatur mater de accepto precio, an verò agnati.

Hoc onus incumbere agnatis voluerunt Scabini Lipsenses, *quæst. 5. Resolut. Scabinor. Lipsens.* Hac moti ratione, quod vidua pro sua utilitate, & jure acceperit precium, non pro filia.

Quid verò si feudum fiat Domino apertum, atque hic alii vendat feudum, nunquid dominus tenetur filiam Vasalli dotare, an emptor feudi? 26

Dominum ad hoc teneri, decideruntScabini Lipsenses, *quæst. 34.* 27

Si aliunde constitui dos non possit, nec aliter filia aut soror nubere queat, potest ac debet pater itemque frater ex ipso feudo, pro dignitate personarum, & bonorum quantitate, dotem constituere. 28

Iohan. Borcholt. *de feudis cap. 7. num. 74.* & Hartman Pistoris *lib. 2. quæstion. part. poster quæst 37 per text. in l. cum plures 12. §. cum author, ff. de administrat. tutor. argum tit. 6. §. Mutus, ibi, tantum ei relinqui debet, unde se sustinere posset, libr. 1. feud.* Facit etiam huc, quod Dominus ea præstare Vasallo tenetur, quæ ad ejus honestatem pertinent, *tit. 6 lib 2. feud.* Non obstat. *tit. qualiter olim feud. alienar. pot. §. Donare. lib. 2. feudor.* Nam concesso genere indefinito non confestim quævis species conceditur, *argum. l. legato 37. ff de legat. 1.* Dos autem congrua quæ dicatur. vide Thesaur. *decis 192.* Boer. *decis. 3. num. 11.* & dos considerata qualitate dantis & accipientis est constituenda. Vivius *decis. 260.* Et dotis congruæ supplementum filia, quæ à patre dotata est an petere possit, præsertim patre superstite: vide Cravettam *consil. 569 & consil. 940.*

Denique in dotem dantur res, vel æstimatæ, vel inæstimatæ. *(a)* quas tamen verè & propriè dotales appellari Iustinianus testatur. *(b)* 29

a) *l. Plerunque 10. cum seqq. ff. de jure dot. l. rebus 30. Cod dict. titul.*
(b) *l. un. § Cum ex stipulatu, vers. æstimatarum. & §. & cum lex, vers. in fundo autem non æstimato, Cod. de rei uxor. action.* Vide me *de donat. cap. 8. num. 56.*

Quod si æstimationis modo circumventa fuerit mulier, rescissa æstimatione electio datur marito, ut vel rem ipsam, vel justam ejus æstimationem præstet: nisi res perierit, quo casu non justam, sed eam, quæ facta est, æstimationem præstat maritus; nisi dolus ipsius adfuerit: vel nisi minor sit mulier, & emptorem habuit justi precii. 30

l. Si res 12. §. si mulier, ff. de jure dot. l. si circumscripta 6. C solut. matrimon. vide Cujac. *in l. & eleganter, ff. de dolo malo, & notatis ad librum 3. animadversionis Ioan. Roberti, cap. 2.* Hartman. Pistor. *lib. observ. practic. observat. 104.*

31 Similiter si maritus in æstimatione se gravatum alleget, veritate examinata, non amplius quàm precium justum debet.

Dict. l. si circumscripta 6. vers. sin autem etiam maritus. & vers. seq. C. solut. matrimon.

32 Quantitatem rerum, quæ in dotem dantur, quod attinet, ea definita est, vel indefinita (a) Definita, cum certa species datur, vel quantum dotis nomine constituatur, partium conventione exprimitur; (b) veluti cum mulier omnia sua bona marito dat in dotem (c)

a) *l. 1. C. de dotis promiss. l. cum 69. §. Gener. ff. de jure dot.* (b) *per loca jam allegata* (c) *l. 4. C. de jure dot. l. mulier bona 72. ff. d. titul.*

33 Vtrum autem omnia uxoris bona, ad maritum allata in dubio censeantur dotalia, anceps est quæstio? A negativa recedere nobis religio fuerit.

Cum enim mulier triplex habeat patrimonium, dotale, paraphernale, & receptitium; Mynsing. *centur. 3. observat. 53.* Vide me *de donat. cap. 8. num. 93.* ut hæ species rectè distinguantur, necesse est, dicere, non esse dotale quid, nisi expresè in dotem sit datum II. Dos constituitur vel contractu, vel pacto, vel pollicitatione; Sed hæc facti sunt; probari autem factum debet: nec præsumitur illud. III. Facit huc thesis sequens. IV. Confert eodem quoque *l. mulier bona 72. ff. h. t.* V. Confert huc maximè, *l. 1. C. de dotis promiss.* vide Iacob. Thoming. *lib. decis. Illustr. decis 30.* Francisc. Hotoman. *in tract at. de dotibus, num. 58.* Didac. Covarruv. *in lib. 4. Decretal. part. 2. cap 5. num. 5.* Mozium. *de contractibus tit. de matr. cap. de naturalib. matrimonii, num. 2. & 3.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 82.* ubi negativæ inhæret sententiæ: Hartman. Pistor. *observat. 46.* Cöpen. *enucleat. quæst. 6. decad. 2.*

34 Quod si mulier circumscripta, ultra vires patrimonii, vel totum patrimonium in dotem dederit, succurritur illi, sive minor, (a) sive major (b) 25. annis fuerit.

a) *l. Si ex causa 9. §. 1. ff. de minoribus l. un. C. si adverss. dotem, sed vide l. sive generalis 61. ff. de jure dot.* & Hotoman. *tract. de dotibus, num. 54.* (b) *l. Iure succursum. 6. §. ultim. ff. de jure dot.* Vide Cujac. *ad l. 9. §. 1. ff. de minorib.* Quomodo autem mulieri lædæ in dotis promissione vel dotalitii constitutione succurratur? tradit Hartman. Pistor. *observ. 104.* An minor cui ab uxori dos parva est constituta, in integrum sit restituendus; vide Merend. *lib. 2. quæstion. jur. cap. 47.* Tutor dotis nomine plus promittens, quam pupilla in bonis habet an & quando teneatur. Vide Hartman. Pistor. *observat. 47.* Minor quando pro dote obligetur? Surd. *decis. 287.*

35 Non potest etiam mulier, liberos habens, totam suam substantiam marito in dotem erogare. *l. Hæc*

l. Hac edictali 6. C. de secundis nupt. & l. un. C. de inoffic. dotib. ubi vide Cujac. *in Paratitl.*

Quæritur & illud an si mulier omnia sua bona in dotem det marito, 36
etiam futura, id est, postea quæsita contineantur? Affirmativæ patricinium repudiandum putamus.

Per l. si mandavero 22. §. in cujus, ff. mandati, facit, quod verba generalia & indefinita referenda sunt ad tempus initi contractus, *l. ult. §. 1.* ubi Bart. *ff. de legat. 2. l. Rutilia 69. ff. de contrab. empt. & vend.* pertinet huc *l. in delictis. §. si extraneus l. quod ait, 31. §. Julianus, ff. de noxalib. action.* atque ita de dote tradidit Hotoman. *in tractat. de dote num. 56. vers. sed. quid.* Item de donatione Iul. Clar. *lib. 4 sent. quæst. 19. num 3. 4. & 5.* & Matthias Coler. *in tr. de proceff. executivis part. 1. cap 10. n. 144. 145. & seq.* Obstare videtur, quod omnibus bonis pignoridatis, etiam futura bona intelliguntur obligata: Vide me *de donat. cap. 8. num. 40.*

Sed si mulier dimidiam bonorum suorum partem in dotem det ma- 37
rito, dubitari solet, utrius sit electio, maritiné, an mulieris, an verò hæc res judicis arbitrio permitti debeat? Postremum nos (*a*) cum Hotomanno (*b*) probamus.

a) *Per l. 3. ff. de dotis promission. l. si filia 43. ff. de legat. 3. & l. Cum post divortium 69. §. Gener. ff. de jure dot. l. 1. §. 1. ff. de legat. 1.* (b) *in tractatu de dotibus, num. 37.* Obstare videtur, quod generaliter re promissa, electio promissoris est, §. *Præterea si quis generaliter, Instit. de actionibus.*

Indefinita rerum quantitas in dotem marito promittitur, cum non 38
demonstratur, id est, exprimitur species, vel quantitas dotis: Cujusmodi promissio dotis à parente facta utilis est, & pro modo facultatum parentis, & dignitate mariti constitui dos debet. (*a*) Ab ipsa verò muliere, vel extraneo, talis promissio dotis facta, inutilis est: (*b*) Nisi sub mentione arbitrii fuerit facta; Tunc enim dotis definitio boni viri arbitrio committitur. (*c*)

a) *l. Cum post divortium. 69. § gener ff. de jure dotium l. si filia 43. ff. de legat. 3. l. cognovimus. 19. §. 1. ibi secundum vires patrimonii. Cod. de hæretic.* Harmenop. *libr. 4. epitom. jur tit. 8.* Duaren. *libr. 1. disputat. cap. 56.* Menoch. *libr. 2. de arbitr. jur. quæst. centur. 2. casu. 149. num 36.* Cujac. *in Commentar. in lib 4. responf. Papin. pagin. 156. & seq.* Iohan. Borcholt *de pactis, cap. 2 in secunda pactor. divis. num. 27.* Tiber. Decian. *responf. 10. num. 15. & elegantiff. responf. 17. volum. 2.* Nam pater debet filiæ dotem, tanquam æs alienum, *l. Capite. 19. ff. de ritu nupt. l. ultim. C. de dotis promission.* Obstat, quod non valet stipulatio, vel legatum fundi, non demonstrato fundo, *l. ita stipulatus, 115. in princ ff. de verb. obligat. l. si do-*

Digitized by Google

mus. ff. de legat. 1. Et videtur l. 1. C. de dotis promiss. esse de casu, quo nulla promissio dotis facta est, sed tantum in instrumento scriptum, dotem esse promissam: Et quidem nudo pacto. Hic trium specialium concursus suadere videtur, ut nulla dicatur hujusmodi dotis promissio. Vide etiam Ioan Robert. Aurel. *lib. 4. sentent. cap. 24.* ubi post Connan. *lib. 8. Commentar. cap. 8.* sentit, etiam extraneum simpliciter dotem promittentem obligari. Quinimò idem Robertus idem etiam de muliere affirmat. (b) *l. 1. C. de dotis promission. facit l. Salarium. 17. C. Mandati.* Accedit quod favori mulieris indulgendum est, *l. assiduis 12. C qui potior. in pignor. hab.* Sed consultius est mulieri habere propria, quam dotalia bona: Illa enim, non hæc alienare po est: Ergò dicendum non valere simplicem dotis promissionem, à muliere factam. Præterea, ideò etiam admittenda hæc sententia, quod ita adimitur mulieribus occasio donandi marito, constante matrimonio, vel ante; cum alioqui in fraudem legis immensam dotem constituere marito posset loco simplicis donationis, quæ prohibita est. Obstare videtur, quod dotis conditio facit, non persona parentis, quod simpliciter dos à parente promissa valere dicitur *in l. 69 §. gener. ff. hoc tit.* Hæc ratio æquè militat in persona mulieris, & extranei, atque in parente. Deinde obstat, quòd mulieris etiam interest dotis promissionem etiam incertam valere; Cum maximus sit favor dotis ob mulieris personam, *l. 1. ff. de solut matrimon.* Adhæc incertitudinis obex removeri potest habita ratione facultatum promissoris & mariti. Præterea cum mulier dotem constituit, spectantur etiam ejus facultates, *l. quæro. 60. & l. seq. l. cum post, 69. §. Nuptiis. ff. de jure dotium.* Ergo nulla causa est, cur non valere debeat simplex promissio dotis à muliere facta. Facit etiam huc, quod major est favor dotis, quam aliarum rerum mulieris, si hypothecam & prælationem spectes. Pertinet eodem, quod mulier concordiam maritalem omni lucro præferre debet, *l. Reprehendenda, C. de Instit. & substit.* Confert etiam huc, quod in dotis causa quandoque marito lex magis favet quam uxori, *l. si servo, ff. hoc tit. & l. si res æstimata, §. 1. ff. eod.* Denique verisimile est promissionem dotis, eam velle dare dotem, quam lex comprobat. (c) *d. l. 3 C. dict. tit. d. l. Cum post divortium 69. §. Gener. ff. de jur. dot. facit l. Hæc venditio. ff. de contrah. empt.*

39 Dispiciemus nunc de modo constituendi dotem. (a) Constituitur autem dos vel inter vivos, (b) vel ultima voluntate. (c)

a) Olim solenniter dicendo & quidem à certis personis constituì dos solebat, Vlp. *in t. Inst. 6. de dotibus* ubi Cujac. *item Gaius lib 2. Inst. de verb. oblig.* (b) *l. 1. C. de dotis promiss.* (c) *l. Qui filium. 4. ff. ubi pupillus educari debeat.*

Inter-

Inter vivos constituitur dos, vel pollicitatione, (a) vel pacto, (c) 40
vel stipulatione (c) vel traditione. (d)

a) *l. Ad exactionem. 6. & Rubric. C. de dotis promiss.* ubi Cujac. *in paratit. l. 1. in pr. C. de jure dot. l. 1. §. penult. ff. de dotis collat.* (b) *l. 4. C. de dotis promiss.* Si mulier, divortio facto, se iterum nuptiis collocaverit, tacito pacto prior dos constitui videtur, *l. dotem 30. l. Divus Severus 46. ff. de jure dot.* (c) *l. 1. 2 & 5. C. de dot. promiss. l. unic. in pr. §. 1. & 2. C. de rei uxor. act.* (d) *l. contractus. 23. ibi, dotis datio, ff. de reg. jur. l. si cùm dotem daret 22. in pr. ff. solut. matr.*

Traditione constituitur dos naturaliter, vel civiliter. Naturaliter, 41
cùm res ipsa verè traditur marito, ut eam in dotem habeat.

Per text. ad thesin præced. sub litera D. positos.

Civiliter constituitur traditione dos bifariam. Vno modo, si mari- 42
tus dote ab alio promissa, eam pro accepta habeat, promissorem per acceptilationem, aut nuda conventione liberando.

l. Promittendo 41 in pr. & §. 2. l. licet 43. in pr. l. si ei nuptura 25. ff de jure dot. Donell. *lib. 14. Comment. cap. 4. pag. 225.* De dote cauta & non numerata vide Paul. Christinæ. *vol. 1. dec. 136.*

Altero modo, si dote à debitore mulieris promissa, per maritum fa- 43
ctum sit, quò minùs tempestivè promissam exigeret, & inter moras, promissor solvendo esse desierit, vel species debita perierit: Hanc culpam, & periculum, quia præstat maritus, fit, ut videatur dotem accepisse, quam non accepit.

l. Si extraneus 33. l. si is qui 56. in pr. ff. de jure dotium, l. Mævia 49. ff. solut. matr. Donell. *d. c. 4. pag. 225. in fin.*

Vltima voluntate constituitur dos, cùm quis testamento suo, vel 44
codicillis, vel donatione mortis causâ, pro muliere, ejus marito dotem dat.

Dict. l. 4. ff. ubi pupillus educari debeat, juncta l. tam is qui 25. ff. de mortis causâ donat. & l. ultim. C. de donat. causâ mortis, l. cum pater 29. ff. de jure dot. l. 1. ff. de dote præleg. §. sed si uxor. Instit. de legat. Elegans est quæstio, an legatum à patre relictum filiæ pro dote sit purum vel conditionale: de qua vide Thesaur. *lib. 1. quæst. 43.* Honded. *consult. 53. vol. 2.* & an in legato dotis subintelligatur illa conditio, si matrimonium sequatur, vide Cæval. *commun. opin. q 891.*

Est & illud hic notandum, quòd in ipsa dotis constitutione, ea 45
maximè, quæ fit traditione, pacta, vel stipulationes interponi solent de restituenda, (a) vel lucranda (b) dote. Et certè, si extraneus pro muliere dotem det, eamque, mortua muliere, sibi reddi velit, id pacto, vel stipulatione cavere necesse est: Alioquì enim hæredibus mulieris cedit. (c)

a) *l. Vn. §. accedit ei & alia, C. de rei uxor. act. l. avia tua. 6. C. de jure dot. l. 1. & t. t. ff de pactis dotalib.* (b) *l. si convenit 6. C. de pactis conventis, l. 1. & l. si pater 12. ff. de pactis dotalib.* (c) *d. l. un. §. accedit. C. de rei uxor. act. l. ex morte 9. in fin. C. de pactis conventis.* An autem & quando pro dotis conservatione recte fidejussor constituatur tractat Dn. D. Besold. *vol. 2. cons. 72.*

46 Pactum tamen, ut viva muliere, soluto matrimonio dos apud maritum, heredemve ejus, remaneat, inutile est.

Dict. l. 2. ff. de pactis dotalib. facit l. 1. ff. solut. matrimon. junct. l. jus gentium. 7. §. si paciscar. ff de pactis, Donell. *lib. 14. Comment. c. 5. pag. 230. lin. 32. & seqq.*

47 Ad modum autem constituendæ dotis, scriptura non requiritur: (a) etiamsi plerunque res dotis nomine gesta, instrumento inseratur: (b) neque etiam insinuatio hic necessaria est, etiamsi 500. solidorum summam dos excedat. (c)

a) *l. Pactum 17. C. de pactis, l. un. in pr. vers. rei uxoriæ. C. de rei uxor. act.* (b) *l. hereditas 5. C. de pact. conventis, l. 1. l 3. C. de dote cauta non num. l. pactum 15. C. de pactis*, (c) *l ult. §. 1. C. de jure dot.* Cujac. *ad Novell. 119.* Vide me *in tr. de donat. c. 8. n. 41.*

48 Restat, quâ actione dotem constitutam, & nondum traditam, maritus persequi possit. Ea autem est actio ex stipulatu. (a) Et si promissor dotem non dederit, etiam hypothecaria adversus eum maritus experiri potest, licèt extraneus sit, qui dotem constituit. (b)

a) *l. Vn. in pr. vers. rei uxoriæ, C. de rei uxor. act.* Arnold. ab Haersolte, *in adversar. action. ad 4. part. Pandect. act. 13. num. 13.* Hæc autem stricti juris est, Cujac. *lib. 11 quæst. Papin. pag. 279.* (b) *d. l. un. §. 1. C. de rei uxor. act.* Bald. *Novell. Tract. de dote, part 6. privil. 7. n. 1. pag. 93.* Quia etiam paterni officii est dotem vel donationem ante nuptias dare filiabus, quæstionis est, quinam parentes & quibus teneantur? vide Enenckel. *de privil. parent. & liberor. privil. 8. cap. 1.* & quare parentes ad dotandam filiam sint obligati vide eundem Enenckel. *d. priv. 8. c. 2.* De interpretatione hujus privilegii agit idem Enenckel *priv. dict. 8. cap 3.* Et quando cesset. *c. 4.* Sed an dote promissa & non soluta maritus uxorem alere debeat tractat Gail. *lib. 2. obs. 87.* Et an pater jure actionis vel officio judicis compellatur ostendit Cævallos. *commun. opinion. quæst. 5.* Quid si filia sit spuria, vide eundem Cæval. *quæst. 565.* Gail. *lib. 2. obs. 88.* Quid si Emancipata. Merenda *lib. 3. quæst. jur. c. 15.* Quid si indigno nupsit. Mastrill. *dec. 163.* Quid si filia dives Merend. *lib. 3. quæst. jur. cap. 14.*

49 Hactenus de dotis constitutione, sequitur modò de constitutæ dotis natu-

natura. Natura dotis conſtitutæ hæc eſt, quòd res permutatione, conſenſu utriuſque conjugis in rem uxoris facta ſubſtitutæ, ſive ejuſdem, ſive diverſi generis ſint, dotales efficiuntur: (*a*) ut & nonnullæ acceſſiones rei dotalis inæſtimatæ, puta ancillæ partus, (*b*) theſaurus, à marito in dotali fundo inventus pro parte dimidia, (*c*) & cæteræ acceſſiones, quæ in fructu non ſunt. (*d*)

a) *l. Si ei nuptura 25. & legib. ſeqq. l. res quæ 54. l. ſi ex lapidicinis 32. l. Titia 62. ff. de jure dot. l. ſi mulier 21. l. ita conſtantem 26. ff. de pactis dotalib. l. 1. & paſſim. ff. de fundo dotal.* Niſi tamen permutando actum ſit, ut fundus pecunia dotali emptus uxoris ſit, uxori non adquiritur, *l. ex pecunia. 12. ff. de jure dot. l. ult. C. de ſervo pig. dat. manum.* (b) *l. cum poſt 69. §. ultim. & l. plerunque 10. §. 2. ff. de jure dot.* (c) *l. fructus 7. §. ſi fundum, verſ. non magis ff. ſolut. matrim.* (d) *dict. l. fructus 7. §. ſi fundum, & §. ſeq. ff. dict. tit.*

Eſt & illud de natura dotis conſtitutæ, quòd ejus etiam inæſtimatæ dominium conſtante matrimonio ad maritum pertinet, (*a*) licèt non perfectè: (*b*) quodque maritus propter onera matrimonii fructus illius lucratur. (*c*)

a) Per ea, quæ tradidi in Commentario meo, *in l. contractus 23. ff de Regul. Iur. cap. 4. num. 10.* Diſſentit præter alios etiam Donell. *libr. 14. Commentar. cap. 4. pag. 227.* Herman. Vultejus *libr. diſceptat. juris* diſtinguit inter dotem & res dotales: illius dominium marito *Scholaſticar. cap. 19.* aſſignat, harum verò dominam dicit uxorem. Vide quoque Menoch. *conſil. 229. num. 22.* & Contard. *ad l. diffamari, Cod. de ingen. manumiſſ. cap. 3. num. 80.* & Franciſc. Hotoman. *Tractat. de dote.* (b) Cum enim ſoluto matrimonio, & quandoque etiam certis caſibus matrimonio conſtante maritus ipſo jure deſinat eſſe rei dotalis dominus, de quibus caſibus in d. comm. meo, *in d. c. 4. num 10.* certè maritus perfectè dominus non eſt rerum dotalium, *l. omnes actiones. 139. § ultim. ff. de R. I.* Gloſſa quoque *in l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus, in verb. in alienis ff ſolut matrimon.* dicit, quod præſenti tempore inſpecto res dotales ſint mariti: ſed ſpe futuri temporis, eas eſſe uxoris, (*c*) *l. dotis 7. ff. de jure dot. l. pro oneribus, C. d. t. l. cum pater 11. C. de pactis dotalib. l. fructus 7 §. ſi fundum, & §§ ſeqq. ff. ſolut. matrim. l. unic. §. cumq;. C. de rei uxor. action.* Dn. D. Bocer. *in tr. de donat. c. 8. num. 50.* Dn. Harpprecht. *ad pr Inſt. quib. alien. non licet. n. 23.*

Ad hæc dotis natura ea eſt, quòd maritus ipſam inæſtimatam alienare nequit, ſive res ſoli ſit, (*a*) ſive mobilis, & ſervando ſervari poſſit. (*b*) §2

a) *Inſt. Quib. alienare licet, vel non. in pr. l. unic. §. & cum lex. Iulia.*

Cod.

Cod. de rei uxor. act. & t. t. ff. & C. de fundo dotali. (b) *per l. lex quæ 22. C. & administr. & pertic. tutor.* Batt. *in l. 1. num. 18. & l. si æstimatis, ff. solut. matrim. & Auth. sive C. ad SCtum Vellejan.* Wesenbec. *ad dict. tit. Instit. Quib. alien. licet vel non. §. nun. 3.* Dn. D. Harppr. *in pr. Inst. d. t. n. 11.* Ego *de donat. c 8. n. 48.*

52 Est denique de natura dotis, quod in ea inæstimata maritus dolum & levem culpam præstat: (a) ut & quòd illius æstimatæ periculum sustinet. (b) Siquidem vera venditio causa dotis contracta censeatur. (c)

a) *Dict. l. contractus 23. ff. de Reg. Iur. l. etiam filios 18. §. 1. l. si filiofam. 25. §. maritum ff. solut. matrim. l. in rebus 17. ff. de jure dot.* (b) *l. un. § cumque ex stipulatu, vers. ultim. C. de rei uxor. act. l. quoties. 5. l. cum dotem 10 C. de jure dot. l. cum maritus 29. ff. de pactis dotalib. l. interest 6. C. de usufruct. l. æstimata 51. ff. solut. matrim. l. si mancipia 18. ff. de jure dot.* (c) *l. plerunque 10 §. si ante matrimonium, cum §. seq. l. quoties 16. ff. de jure dot. l. cum dotem 10. C. dict. tit.* Cujac. *lib. 17. observ. c. 1.* & Sichard. *in d. l. 5. C. dict. titul.*

53 Reliquum nunc est, ut videamus de dotis repetitione, circa quam quadruplex inspectio incurrit: una de tempore, quo dos repeti potest: altera qui repetant: tertia, quid veniat in dotis restitutionem: ultima, quâ actione dos repetatur.

54 Dos repetitur vel soluto matrimonio, (a) vel etiam interdum constante matrimonio. (b) Et quidem soluto matrimonio, si res immobilis sit, statim ea restituenda est: si mobilis, non nisi post Annum, (c) nisi quid aliud convenerit. (d)

a) *Tot. t. ff & C. solut. matrim. Quemadmodum dos petatur.* (b) *ut post dicetur.* (c) *l. un. § cum autem, & §. actio, C. de rei uxor. act.* (d) *l. de die. 14 & seqq. ff. de pactis dotalib.*

55 Repetit autem dotem, si a profectitia sit, parens uxoris mortuæ: (a) Adventitia autem dos, mariti superstiti relinquitur, præterquam si is, qui dedit, ut sibi redderetur dos, stipulatus vel pactus fuerit: Tunc enim ipse, qui hanc dedit dotem, repetit eam. (b)

a) *l. Iure succursum. 6. in princ. ff. de jure dot. l. si filia emancipata, 5. ff. de divort. & repud. l. si ab hostibus 10. l. filia mea 59 ff. de solut. matrimon. l. fin. ff. Rem ratam hab. ad quam leg.* Cujac. *Tractat. 6. ad African.* Vide quæque Ant. Faber. *lib. 1. conjectur. cap. 16.* & Fachinæ. *lib. 3. controvers. cap. 71.* ubi examinant hanc quæstionem, utrum dos profectitia revertatur ad patrem etiam quando mortua filia liberos reliquit. Ille negat. Hic affirmat. vide *infr. class. 3. disput. 12. thes. 22.* adde Paul. Christinæum. *decis. Belgicar. vol. 1. decis. 272.* Honded. *vol. 2. consultat. 75.* (b) *Ulpian. lib.*

lib. Inſt. t. 8. de dote, §. adventitia, l. mulier 20. ff. de condit. inſt. l. Celſus 22. ff. de relig. & ſumpt. funer. l. 2. in fin. pr ff. de dote præleg. l. Ab hoſtibus §. 1. ff. ſolut. matrim. Cujac. *lib. 9. obſ. cap. 4.* Socer an mortua filia poſſit repetere ea quæ dedit genero zu einer Vätterlichen hülff. vide Modeſtin. Piſtor. *quæſt. 10. lib. 1.*

Quod ſi ipſa mulier dotem dederit, eamque ſibi reddi à viro ſtipulata ſit, ut de ea teſtari poſſit, heredes mulieris eam repetendi poteſtatem habent. (*a*) Quinimò licet non caverit ſibi reddi dotem mulier, attamen ad heredes ejus pertinet. (*b*) Niſi actum ſit, ut maritus dotem lucraretur. (*c*) 56

a) *l. Si mulier 25. ubi Dd. C. de jure dot.* (b) *l. un. §. Illo procul dubio, C. de rei uxor. act.* (c) *l. ſi ſocrus tua 18. C. de jure dot.* Si dos conſtante matrimonio pluris, quam à principio fuerit æſtimata, per maritum alienata ſit, quid ille reſtituere teneatur. vide Honded. *conſ. 77. vol. 2.* Et poteſt uxor defuncto marito, ipſius bona retinere, donec ei dos integra reſtituatur. Mynſing. *cent. 6. obſ. 82.*

Quod ſi morte mariti, vel divortio, ſolutum ſit matrimonium, etſi dos profectitia filiæfam. cum patre ſit communis: (*a*) ipſe tamen patet hanc dotem, ut & dotem adventitiam, conſentiente filia, à marito, vel ejus heredibus repetit. (b). 57

a) *l. 2. §. 1. l. ſi cum dotem. 22. §. 1. ff. ſolut. matrim. l qui hominem. 24. §. ſi gener. ff. de ſolut.* (b) *l. Titia 34. §. qui invita, ff. de legat. 2. l. pater filiam 14. in princ. ff. ad leg. Falcid. l. poſt nuptias. 28. ff. de jure dot. d. l. un. §. & hoc ex rei uxoriæ, Cod. de rei uxor. act. l. ultim. §. item, ſi extraneus, ff. Quæ in fraud. credit.* Hotomannus *lib. 9. obſervat. cap. 2.* Generaliter enim exercitium actionum, ex cauſis tàm profectitiis, quàm adventitiis, patri conceditur, *l. ult. §. & filius, & §. ubi autem, C. de bonis quæ liberis, Novell. 97. cap. 6. Illud quoque, & §. ſin autem ſub poteſtate,* Iohan. Vaudus, *lib. 2. variar. quæſt. quæſt. 31.*

Extraneus tamen, ſi adventitiam dotem ſibi reddi ſtipulatus vel pactus ſit, ipſe repetit eam hoc etiam caſu: (*a*) ſi verò ſtipulatus ſit vel pactus, dotem mulieri, vel ſibi reddi, ipſo mortuo, mulier repetitionem hujus dotis habet. (*b*) 58

a) *l. Vnic. §. accedit ei, Cod. de rei uxor. act.* (b) *l Gajus 45. ff. ſolut. matrimon.*

Emancipata quoque filia, ſive ante, ſive poſt dotis conſtitutionem emancipatio facta fuerit, ipſa repetit adventitiam dotem ſuo arbitrio. (*a*) Profectitiam verò dotem non niſi ex conſenſu patris repetit. (*b*) 59

a) *l. Si cum dotem 22. §. eo autem tempore l. ſi ſocer 44. in princ.* ubi

Digitized by Google

gloss. *ff. solut. matrim. l. un. §. videamus, C. de rei uxor. act.* (b) Zasius *in l. 2. ff. solut matrim. argum. Novell. 32. cap. Illud quoque, verb. si verò pater obtulerit.*

60 Si autem culpâ mulieris matrimonium dissolvatur, penes maritum remanet dos ab uxore data. Item dos adventitia, quam sibi extraneus reddi pacto, vel stipulatione non curavit. *(a)* Et si fuerint communes ex eo matrimonio liberi, tum maritus utramque hanc dotem illis servabit: si non adsint ejusmodi liberi, maritus eam lucratur. *(b)*

a) *l. Si dotem 24 Cod de jure dot. l. consensu 8. §. hac nisi vir. C. repud. L. Lucius 38. l. viro, 39. l. cum mulier 41. ff. solut. matrim.* Vide Farinac. *in tract. crimin. tit. de delict. carnis quæst. 142. num. 33. 34. & seqq.* (b) *l. 1. in fin. Cod. si dos constant. matrimon. Novell. 117. cap. 13. & Novell. 134. cap. 10.*

61 Cæterùm constante matrimonio, licet dos regulariter peti non possit, *(a)* locus est tamen ejus repetitioni, si necessitas & utilitas dotis repetitionem inducat; veluti si maritus ad inopiam vergat. *(b)* Si quoque justa & honesta causa sit, veluti, ut mulier æs alienum solvat, vel prædia idonea emat, vel liberis ex alio viro, aut fratribus, aut parentibus consulat, dum egentes alit, aut redimit ex hostibus, aut vinculis liberat, dos repeti constante matrimonio potest. *(c)*

a) *l. Filia C. solut. matrim.* Sed dubium est an mulier obærato marito scienter nubens constante matrimonio dotem repetere possit, quod resolvit Gail *lib. 1. observat. 85.* (b) *l. ubi C. de jure dot. l. si constante 24. ff. solut. matrim.* Andr. Gail. *lib 2. observ. 83 & seq. ubi vide eum.* (c) *l. quamvis 20. & l. seq. ff. solut. matrimon.* vide Donell. *libr. 14. Commentar. cap. 5.*

62 Sed an mulier ob osculum luxuriosum amittat dotem, quæri solet? Negativa probabilior videtur.

Pro rationes adductas per Menoch. *de arbitr. quæst. casu 237.* Farinac. *tractat. criminal tit. de delict. carn. quæst 142. num. 133. & seqq.* vide etiam Gothofred. *ad l. si à sponsa, 16 C. de donat. ante nupt.* Vide me *tract. de adulter. cap. 4. num. 37.* Merendam. *lib. 6 controvers. 14.*

63 In dotis autem repetitionem venit, non tantùm res ipsa, sed & fructus rei non æstimatæ, *(a)* pro rata temporis novissimi anni, quo solutum fuit matrimonium. *(b)*

a) *l. 5. 6. 7. & passim, ff. solut. matrim. l. unic. §. cumque ex stipulatu, vers. fatus autem C. de rei uxor. act.* Cujac. *in libr. 11. quæst. Papin pagin 276.* Et non modò percepti, sed & pendentes *l. 7. §. inter l. si filiofam. 23. §. ultim. ff. solut. matrim. & l. pen. ff. de pact. dotal.* Deductis impensis fructuum causa factis *l. fundus, qui dot ff fam. ercis.* (b) *l. cum in*

fun-

fundo 78. §. divortio autem facto, ff. de jure dot. l. si alienam 11. l. si marito 31. §. ult. l. fructus 7. §. Papin. ff. solut. matrim. d. l. un. §. cumque ex stipulatu, Cod. de rei uxor. act. Iul. Paul. lib. 2. sentent. tit. 22. Sive divortio sive morte mariti solutum sit matrimonium, *d. l. 7. §. Interdum, ff solut. matrim.* vel etiam morte uxoris, modò profectitia fuerit dos. Nam adventitia dos apud maritum remanet, *l. mulier, ff. de condit. instit. & l. 5. ff. de bon. damnat.* Cujac. *dict. pag. 279.*

Sed quo modo & ratione illa fructuum divisio facienda sit, in spe- 64
cie à Papiniano proposita, (a) tâm inter veteres, quàm recentiores juris nostri Interpp. disceptatio haud levis est. (b) Nos cum Cujacio existimamus, si in casu illo Papiniani vindemia sit 12. aureorum, merces similiter 12. aureorum, marito deberi quinque. Sin vindemia sit 24. aureoum, merces verò aureorum 12. marito deberi novem. Si vindemia sit 12. solidorum, merces 24. aureorum, marito deberi aureos sex. (c)

a) *Dict. l. fructus 7. §. Papinianus, ff. solut. matrim.* (b) Vide Alciat. *lib. 3. paradox. cap. 1.* Coras. *libr. 5. Miscel. cap. 7.* Duaren. *libr. 1. Disput. cap. ult. & in d. l. fructus, ff. solut. matrim.* Ant. Fab. *libr. 1. conject. cap. 13.* Iohan. Robert. *libr. 2. animadvers. cap. 8.* Connan. *lib. 8. Comment. c. 10. num. 8.* (c) Cujac. *libr 14. observat. cap. 22. libr. 4. feudor. tit. 30. ad Iul. Paul. libr. 2. sentent. tit. 22. & in notatis ad libr. animadvers. Robert. lib. 2. cap. 8. & in Comment. in lib. 11. quæst. Papin. pag. 278. & seqq.* vide quoque Iulium Pacium *in Commentar. in d. l. fructus 7. §. 1. ff. solut. matrim.* Et Hartm. Pistor. *lib. 1. quæst. jur. quæst. 24.*

Denique actionem quod attinet, quâ dos repeti potest, distinguen- 65
dum hîc est inter extraneum, & ipsam mulierem, ejusque parentem. Extraneus dotem adventitiam repetit, vel actione ex stipulatu, si stipulatus sit à marito sibi dotem reddi, vel actione præscriptis verbis, si cum daret marito dotem, pactus sit dotem sibi reddi.

l. Aviatus 6. Cod. de jure dot. l. unic. §. accedit ei, Cod. de rei uxor. action.

Ipsa verò mulier, & ejus parens, in cujus potestate est, actione ex 66
stipulatu repetunt dotem, sive stipulatione sibi caverint dotem reddi, sive nulla stipulatio de hoc intervenerit; translata scilicet rei uxoriæ actione in actionem ex stipulatu, ut & hæc actio bonæ fidei sit.

Dict. l. un. § sed etsi non ignoramus, & §. illo procul dubio. C de rei uxor. act. §. fuerat antea, Instit. de actionib. Et quia bonæ fidei est hæc actio, veniunt etiam in eam fructus etiam ex mora, *l. videamus, §. penult. ff. de usur.*

Dotis profectitiæ nomine solus pater agit, ex voluntate tamen 67

filiæ, (a) si pater absit, sive furiosus fuerit, nec curator agat, filia de dote agere potest, interposita cautione, patrem habiturum rem ratam. (b)

a) *l. 2. In princ. & l. 3. ff. solut. matrim.* (b) *l. si cum dotem 22. §. si patri, 4. & §. si soluto. 10. ff. dict. titul.*

67 Datur autem hæc actio uxori adversus maritum in id, quod facere potest, id est, quatenus facultates ejus patiuntur: (a) contra heredes vero mariti, nisi sui sint heredes, in solidum. (b)

a) § *Item si de dote, Institut. de actionib. l. maritum 12. cum seqq. ff. solut. matrimon. dict. l. un. §. cum autem in exactione, vers. in tantum quidem, Cod. de rei uxor. act.* (b) *d. l. maritum 12. & l. etiam filios 18. in princ. ff. solut. matrim.*

68 Etsi verò etiam dos in quantitate consistens, hodie quoque compensationem admittat: (a) nulla tamen ex causa hodie in dote retentioni cui fundus, vel species alia, non quantitas subjecta est, locum esse, Iustinianus voluit. (b)

a) *l. Fructum. 7. §. ob donationes l. rei 15. §. 1. l. si constante 24. §. si uxor. 6. l. pen. §. 1. ff. solut. matrim. l. quod dicitur 5. ff de impensis in res dotal: fact. l. neque, Cod. de compensat. l. 1. ff. Rer. amotar.* vide Donell. *ad §. ult Instit. de actionib.* (b) *d. l. un. §. taceat in fin. C. de rei uxor. act. § propter retentionem*, ubi Donell. *num. 8 Instit. de actionib.* ubi scribit in hæc verba: Quod facit compensatio, cum quantitas invicem debetur, id interdum reo præstat rei petitæ retentio, cum fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actore pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio: puta ob res ab ipso uxori donatas: ob res ab uxore remotas: propter liberos: ob impensas in rem dotalem factas; non tantum necessarias, sed & utiles, & voluptuarias. Iustinianus sublata ex omni alia causa dotis retentione, solam reliquit eam, quæ fit ob impensas necessarias, *l. un. §. taceat, Cod de rei uxor. act.* Qualis autem fuerit hæc retentio olim, & quæ sint istæ impensæ cognosce ex *l. quod dicitur, 5. ff. de impens. in res dotal. fact & l. si is, qui 56. §. quod dicitur, 4. ff. de jure dot.* Sed vide Cujac. *in notis ad* Ulp. *d. tit. 6. de dotib.* & Molin. *Consil. 52. num. 33. & num. 36.* qui volunt, quod dos compensationem non admittat.

CLAS.

CLAS. II. DISPUT. XIX.

DE DONATIONIbus.

THESIS I.

EST & donatio ex eo genere negociorum, quæ variè tractari solent, 1
Quandoque enim sola pollicitatione fit donatio: [a] interdum perficitur nuda conventione, sive nudo pacto: [b] aliquando verò per innominatum contractum: Do, ut facias, in aliquem confertur: [c] Aliâs etiam traditione expeditur: [d] & quidem non tantùm ipsius rei donatæ vera traditione, sed & traditione instrumenti authoritatis: [e] Nonnunquam etiam retentione ususfructus: [f] vel condictione rei donatæ: [g] vel legis actione, veluti cessione in jure, [h] & acceptilatione: [i] unde & stipulatione donationem rectè fieri dubium non est: (k) quippe cum hæc omnibus negociis sive conventionibus adhiberi possit, [l] & sine aliqua causa vires non habeat. [m]

a] *l. Hoc jure. 19. in pr. ff. de donat. l. si quis donaverit. 15. Cod. de SS. Eccles.* Cujac. *lib. 12. observ. c. 28.* [b] *l. quod bonis. 15. in princ. ff. ad leg. Falcid. l. in ædibus. 9. in princ. ff. de donat. §. aliæ autem donationes. vers. perficiuntur. Institut. de donat. l. si quis argentum 35. §. sed siquidem, C. de donat.* [c] *l. 2. §. Titio. 7. l. Aristo. 18. §. 1. ff. de donat.* [d] *l. obligationum. 3. §. 1. ff. de obligat. & act.* [e] *l. 1. C. de donat.* [f] *l. quisquis 28. d. l. si quis argentum 35. §. sed siquidem, C. d. t.* [g] *l. quædam 77. ff. de rei vindic.* [h] *l. donatio 25. C. de donat.* vide Cujac. *lib 19. observ. cap. 18.* [i] *l. mortis causa. 31. §. Iuliano placet, & l. ultim ff. de mortis causa donat.* [k] *Novell. 162. c. 1. §. & sancimus, l. 1. §. si pecuniam, dict. l. hoc jure 19. §. penult. & l. seq. l. fidejussori 24. l. qui id. 33. in princ. ff. de donat. l. cum res. 22. l. quisquis. 28. & l. Sancimus. 34. §. si quis autem. 4. C. dict. t.* [l] *l. stipulationum. 5. in pr. vers. conventionales, ff. de verb. oblig. l. 3. in fin. ff. de rescind. vend.* [m] *l. 2. §. circa, ff. de dolo mali exception.*

Malè ergo donatio, à quibusdam generaliter definitur contra- 2
ctus; (a) perperam etiam conventio. Contractus vel conventio non

est, cum pollicitatione perficitur: quippe cum pollicitatio à convenne, proindeque à contractu differat. (b) Neque est contractus, quando fit traditione, (c) vel nudo pacto; cum aliud sit pactum, aliud contractus. (d)

a) *Per l. si quis argentum. 35. C. de donat.* Donell. *lib. 14. Comment. cap. 31. in fin. & in l. 11. C. de pact.* Cujac. *lib. 10. observ. c. 28.* Clarus §. *donatio. quæst. 1. & 14.* Gomez. *tom. 2. var. resolut. c. 4.* Mantica *lib. 13. de tacit. & ambig. convent. tit. 13.* Petrus Gregor. *in Syntagmat. Iur. Universi. lib. 6. cap. 14. n. 4. & lib. 28. c. 7. n. 5.* (b) *l. pactum est 3. ff. de pollicitation.* (c) *dict. l. obligationum 3. §. 1. ff. de obligat. & action. junct. l. Labeo. 19. §. contractum. ff de verb. signif. l. 1. §. conventionis, ff. de pact.* (d) *l. jurisgentium 7 §. 1. & 2. junct. §. sed cum nulla, & §§. seqq. ff. de pactis, l. in bonæ fidei. 13. C. d. t.*

3 Nos eam in hæc verba definiendam putamus: Donatio est actus, (a) quo quis donum (b) in aliquem confert. (c)

a) Cum donatio, ut dictum ab initio fuit, variis fiat modis, genus ipsius hoc actus nomine exprimendum erit, ut quod generale est, & comprehendit omnia, quæ quovis modo aguntur, *l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. l. actus. 8. C. de feriis, l. actus. 77. ff. de Reg. Iur.* (b) Doni appellatio ad omnem pertinet donationem, propriam, & eam, quæ fit sub causa, *l. inter donum. 194. ff. de verb. signif.* Convenit itaque hæc vox generali donationis formæ adumbrandæ. (c) Sive rei traditione, sive conventione quis donet aliquid, conferre dicitur in aliquem donum. Vtor autem verbo præsentis temporis, ut donationem distinguam à pacto donationis futuræ, quod Iustinianus non confirmavit. Donell. *lib. 13. Comment. c. ult. in fin.* vide me *in tr. de donat. c. 1.*

4 In donatione autem triplex inspectio generalis incurrit: Vna eorum, qui donare possunt, vel non, & quibus donare potest: Altera rerum, quæ per donationem conferri in alium possunt: Tertia specierum donationis.

5 Donare potest pater, (a) itemque materfam. (b) sanæ mentis, (c) quamvis senectutem sint adepti, (d) vel sint muti, aut surdi: (e) At filius & filiafam. licèt peculii liberam habeant administrationem, donare prohibentur, nisi justa ratione moti, vel ex patris voluntate, (f) aut de peculio suo castrensi, vel quasi castrensi (g) donent.

a) *l. Sive emancipatus. 17. C. de donat. l. 2. in princ. & §. 1. ff. eod.* (b) *l. si avia vestra 19. C. d. t. l. possessionem 3. l. velles nec ne. 6 C. de revocandis donat.* (c) Mente captus donare non potest. *l. Modestinus. 23. in fin. ff. de donat.* (d) *l. senectus. 16. C. d. t.* (e) *l. qui id. 33. §. mutus & surdus. ff. de donat.* (f) *l. filiusfamil 7. in pr. & §. 1. 2. 3. & 4. l. in adibus. 9. §. 2. ff dict.*

ff. dict. t. & l. tamen. 25. §. 1. ff. de mortis causa donat. (g) d. l. filiusfam. 7. §. ult. ff. de donationibus. Cœpen. lib. 1. obs. 98. & obs. 100.

Donari item potest, non modò benè merentibus amicis, vel ne- 6
cessariis, sed & meretricibus, & concubinis: (a) Item infanti, ejus servo idoneo donationem accipiente; tum etiam extraneis, & ignotis: (c) Quin & absentibus rectè donatur: (d) modò sciant, rem sibi donari. (e)

a) l. Affectionis. 5. l. donationes in concubinam. 31. ff. de donationib. l. item legato. 49. §. parui, ff. de leg. 3. sed an donata à marito concubinæ per uxorem repeti possint examinat Paul. Christinæus decis. 144. vol. 3. num. 6. (b) l. si quis in emancipatum. 26. C. de donat. (c) l. in extraneos. 29. C. d. t. (d) l. nec ambigi 6. C. eod. t. per interpositam ergo personam donatio consummari potest, l. etiam 4. ff. de donationib. ut & per exemplum l. Aquilius 27. l. Lucius 32 ff. d. t. (e) l. absenti 10. ff. de donat. vide infr. hac disp. thes. 24. lit. B. & licet sciant rem sibi donari, si tamen mortuus sit, cui perferenda res dotata fuit, antequam eam perferret, non fit cui perferenda res data fuit, antequam eam perferret, non fit ea res illius, cui tradi debuit, l. 2. §. sed si quis donaturus, ff. d. t. Est & illud hic notandum, quod si Notarius stipulatus à donatore absentis donatarii nomine, etiam ante ratihabitionem perfici donationem. Guido Papæ. dec. 49. & Costal. in l. comeditor. 18 ff. de adopt.

Miles tamen suæ focariæ donare prohibetur: (a) Quod interpre- 7
tes nostri etiam ad Clericos porrigunt: (b) Nonnulli quoque ad Doctores & Advocatos; quos tamen ob servitia & merita concubinis suis rectè donare tradunt: (c) & donationem in eas collatam, & juramento firmatam valere scribunt. (d)

a) l. 2. C. de donat. inter vir. & uxor. (b) Bartol. in l. miles ita. 41. §. mulier. num. 4. ff. de testament. milit. & in l. mulierem 14. ff de his quibus, & in d. l actionis, ff. de donat. (c) Vide Hartmann. Hartmanni ab Eppingen. lib. practic. obs. Tit. 43. obs. 8. (d) Roman. consil. 43. & Hartman. Hartmanni, d. obs, 8. Thesaur. decis. 110. Marc. Ant. Peregr. in tr. de jure fisci. t. 9. lib. 2.

Quod attinet res, quæ per donationem conferri in aliquem pos- 8
sunt, certè ex tantum res donari possunt, quæ ejus sunt, qui donantur.

l. In ædibus 9. §. ult. ubi gloss. ff. de donationibus, facit. pr. Inst. de inutilib. stipul. Cœpen. lib. 1. obs. 96.

Id ergo, quod in rerum natura non est, nec esse potest, veluti Sti- 9
chus, qui mortuus est, & domus deusta donari non potest; (a) ut nec res sacra, religiosa, publica, quæ usibus populi perpetuò exposita est, liber homo:

Digitized by Google

homo: (*b*) & res, cujus commercium donatarius non habet, etiamsi in donatoris sit commercio.

a] *Per §. 1.. Inst. de inutilib. stipul. l. 1. §. sed si id, ff de verbor. obligat.* [b] *per §. idem juris est, Inst. de inutilib. stipul. l. 1. §. sed si id, ff. de oblig. & act §. sacra res Inst. de rer. divis. l. inter stipulantem. 83. §. sacram, ff. de verb. oblig. l. sed Celsus 6. in pr. ff. de contrab. empt. & vend.* [c] *l. multùm interest. 34. ff. de verb. oblig.* Mancipium ergo Christianum donari Judæo non potest: quippe cùm hic commercium illius non habeat *l. un. C. ne Christian. mancip.* neque provinciarum præsidibus prædium provinciale potest donari, *per l. principalibus. 13. ff. de reb. cred. l. eos, qui officia. 3. C. si cert. petat.*

10 Neque etiam bona viventis, cujus se heredem futurum sperat, quisquam donare potest: [*a*] ut nec res alienas; [*b*] quamvis portionem suam, rebus nondum divisis, rectè donet. [*c*]

a] *l. Donari. 29. §. ult. ff. de donat.* [b] *l. si filius 14. l. si avia 19. C. eod. tit.* [c] *l. portionem 12. C. d. t.*

11 Si quis item rem donatarii titulo donationis in eum purè transferat, inutilis est donatio.

Per §. idem juris, vers. ult. Inst de inutil. stip. l. 1. §. nec minus, ff. de oblig. & act l. nemo rem suam. 82 ff. de verb. obl.

12 Succedunt species donationis, quæ sunt: donatio propria, & non propria donatio.

l. 1. ff. de donat. Ego *d. tr. de donat. c. 2.* Cœpen. *lib. 1. observ. 97. & observat. 101.*

13 Propria donatio est, quæ meræ liberalitatis, & munificentiæ exercendæ gratiâ in aliquem confertur: [*a*] eaque vera, absoluta, [*b*] simplex, [*c*] directa, [*d*] communis, [*e*] & mera [*f*] donatio appellatur.

a] *Dict. l. 1. l. hoc jure. 19. §. non potest, & §. sed & hæ. l. donari 29. ff. de don. l. donari 82. ff. de reg. jur.* [b] *l. senatus. 35. §. sed mortis, ff. de mort. causa donat.* [c] *l. si filia. 20. §. si pater. ff. famil. erciscund. l. cum multa. 20. in princ. & §. simplices. C. de don. l. illud 20. §. adhæc, C. de collat.* [d] *l. donatio 25. C. de donat.* [e] *l. sancimus. 34. in princ. C. eod. t.* [f] *d. l. Aquilius. 27. ff. d. t.* Ego *d. tr. c. 3.*

14 In hac donatione spectamus maximè personas, inter quas ea consistere non potest: tum modum perficiendi hanc donationem: tum etiam actionem, quâ donatarius rem donatam non traditam petere potest: & denique causas revocandi hanc donationem.

15 Rata autem hæc donatio non est, si à patre in filium famil. sit collata: [*a*] nisi cum traditione facta vel morte patris, [*b*] vel tacita patris

ratihabitione post filii emancipationem, (c) vel heredum ratihabitione confirmata fuerit. (d)

a) *l. Cùm de bonis. 11. C. de donat. l. donationes quas parentes 25. C. de donat. inter vir. & uxor.* Andr. Gail. *libr. 2. observat. pract. observat. 38.* Dissentit Ioan: Vaudus *lib. 1. variar. quæstion. quæst. 4. in fin. per Novell. 117. cap. 1.* (b) *l. donationes. 25. C. de donat. inter vir. & uxor. l. penult. in fin. C. de collat. l. filiæ. 18. Cod. famil. ercisc.* Cujac. *in libr 12. responsor. Papin. pag. 112.* Francisc. Balduin. *in Iustiniano suo. pag. 64.* Idem Cujac. *ad l. 2. ff. pro hered.* Menoch. *libr. 3. præsumpt. præsumpt. 29. num. 66. & seqq.* Dissentit Donellus, qui, morte patris confirmari donationem simplicem in filium fam. factam negat *libr. 9. Comment. cap. 5. pag. 411. & 413. item lib. 19. cap. 11. pag. 318. per l. si donatione. 13. C. de collat.* (c) *l donationes. 31. §. pater, ff. de donat. l. sive emancipatis 17. C. d. t.* (d) *l. 4. ff. pro donat. l. 4. §. 1. ff. pro suo.* De donationibus à parentibus in liberos factis vid. Paul. Christinæum. *volum 3. decis 137.*

Sed an similiter juramento patris confirmetur hæc donatio, anceps 16
est quæstio? Et licèt multis negata opinio arrideat, eaque, si juris authoritatem spectes, verior sit, (a) contraria tamen sententia communior, & in Camera imperiali approbata est. (b)

a) *Perl. non dubium. 5. in fin. C. de legibus, l. in ædibus. 9. §. ult. ff. de donat. junctò § igitur liberi, Instit. per quas person cuique adquir. & per eas quæ scribit* Vasq. *de success. resol. lib. 1. §. 1. num. 9.* Quò pertinet, quod juramentum, ut accessorium, sequitur naturam actus principalis. Oldrad. *consil. 238. Licet quantum, vers. Ad tertiam quæstionem.* (b) Andr. Gail. *libr. 2. observ 38. num. 7. & seqq.* Vasq. *de success. creat. libr. 2. §. 18. requisit, 16. num. 162.* Anton. Gabr. Roman. *libr. 3. commun. conclus. tit. de donat. conclus. 4.* Clarus *lib. 4. §. donatio, quæst. 8. num. 8.* Nicol. Everh. *in loco à vi juramenti, num. 12.* Merenda *lib. 1. controvers 21.*

Quòd si morte patris confirmata sit hæc donatio, utilis ea est, licet 17
apud actorum testificationem confecta non sit, modò tamen summam quingentorum solidorum non excedat.

Per ea quæ habentur infra thes 27. Cujacius *lib. 20. observat cap 2. & ad Iul. Paul. lib. 4. sentent. tit. 1. §. Filio quibuscunque.* Merend. *dict. lib. 1. controvers 24.*

Non est etiam rata hæc donatio inter virum & uxorem facta: (a) 18
quamvis morte donantis conjugis confirmetur, non solùm si traditione, (b) sed & si stipulatione fuerit facta. (c)

a) *l. 1. 2 3. & tot. tit. ff. de donationibus inter vir. & uxor. & tot. eodemtit.* C. (b) *l. Papinianus. 23. ff. dict tit.* Berlich *tom 2 pract conclus 15.* Ego *d. donat. cap. 12.* (c) *l. cùm hic status. 32. §. 1. & l. seq. in princ. ff. d t.*

Novell. 162. ubi Cujac. *l. 2. ubi gloss & Dd. C de dote cauta non num.* Duaren. *ad tit. solut matrimon. cap. de donation. inter vir. & uxor.* Francisc. Balduin. *in Justiniano, pag. 350.* dissentit præter alios etiam Mynsinger. *cent. 2 observat 33.* Vide quoque Anton. Fabr. *libr. 2. conjecturar. cap. 8.* qui existimat, *in dict. l. Papinianus 23 ff de donat. inter vir. & uxor.* ab interprete quodam additam esse dictionem rectè, qua dempta & sublata Vlpianum eo loci Papiniani sententiam referre duntaxat, non etiam probare, sed isthac violenta conciliandi ratione nihil est opus. Non confirmatur autem hæc donatio morte conjugis, cui donatum est, à conjuge *l. si inter virum ff. de rebus dubiis, l. à marito. C de donat. inter vir & uxor.* & ita post alios scribit Menoch. *libr. 3. de præsumpt. præsumpt. 37. nu. 44.* Cravetta *consil. 540. & seq.*

19 Sed an hæc donatio etiam juramento conjugis donantis firmetur, quæri solet? Et licet quidam id negent, attamen affirmativa communiter est recepta.

Per c. contingat extra, de jurejurando, Auth. sacramenta, C. si adversus vendit. Andr. Gail. *lib. 2. observ pract. observ. 40.* Mynsinger. *centur. 2. observ. 33.* Anton. Gabriel Roman. *libr. 3. commun. conclus. tit. de donat. conclus 3.* Valasc. *lib. 1. controvers. Illustr cap. 38. num. 4.* Tnetaur. *decis Pedemontan 32.* Sed an hæc donatio confirmetur per clausulam habentem vim juramenti: Vide Surdum *decis. 154.*

20 Si quoque uxor marito aliquid donet, ut ex eo dignitatem adipiscatur, valet donatio; *(a)* ut & si reciproca sit conjugum donatio; *(b)* aut maritus senex, vel ignobilis uxori juveni, vel nobili quid donet: quæ & ipsa donatio reciproca putatur. *(c)*

a) *l. Quod adipiscendæ 40. & duabus legibus seqq. ff. de donat. inter vir. & uxor.* (b) *l quod autem 7. §. si vir. & uxor. l ultim. ff. d. t. & facit l. si pater puellæ 12. C. de inoffic. testament. l. Aquilius 27. ff. de donationibus.* Cravetta *consil. 405.* (c) Andr. Gail. *d libr 2. observat. 40. num. ultim.* ubi gloss. Tiraquell. & Iul. Clarum pro hac sententia citat. Verum donatio hæc non videtur dicenda reciproca. Quia maritus jam habet uxorem ipsam nobilem, vel juvenem. Neque dicenda videtur donatio ob causam præteritam, cum semper ejusmodi aliqua causa fingi possit.

21 Cæterùm quâ actione, cum jure non consistit donatio inter virum & uxorem, revocari possit id quod donatum est, opportunè hic quæritur? Et concedi donatori vel directam vindicationem, vel utilem vindicationem, vel condictionem, jure definitum est. *(a)* Directa vindicatio datur illi, si res donata adhuc existet; *(b)* utilis vindicatio, si pecunia donata res quædam sit comparata, eaque existet: *(c)* Condictio, scilicet sine causa, vel ex injusta causa, si res vel pecunia donata sit consumpta, & conjunx inde locupletior facta sit. *(d)*

a) *l.*

a) *l. Vn. §. taceat. C. de rei uxor. act.* (b) *l. si sponsus 5. §. ultim. l. uxor marito 55. verſ. ſed quid ex re, ff. de donat. inter vir. & uxor.* (c) *d. l. uxor 55. in fin. ff. dict. tit.* (d) *dict. l. 5. § ultim. & l. ſeq. l. ſi ſtipulat. 133. § 1. ff. eodem t.* Cujac. *in lib. 6. quæſtio. Pauli, pag. 175. & ſeqq.*

Sed an quis univerſa bona ſua, hac ſimplici donatione, conferre in aliquem poſſit, controverſum eſt? Nos affirmantium ſententiam probamus. 22

Per text. in l. ſi quis argentum 35. §. ſed & ſi quis, ibi, vel etiam ipſius, item ibi, vel totam ſubſtantiam tradere, & §. ult. C. de don. l. ſi unquam 8 ibi. bona omnia vel partem, C. de revocand. donat. l. ſi totas. 5. Cod de inoffic. donat. l. omnes 17. §. 1. ff. quæ in fraudem credit. Coral *lib. 6. Miſcellan. cap. 17.* Contrarium Dd. communiter ſentiunt, exiſtimantes tamen, valere hanc donationem, ſi coram quinque teſtibus ſit facta, in vim donationis cauſâ mortis. Ita conſuluit poſt alios Cravet. *conſil. 139. num. 10.* Covarruv. *de teſtament. part. 2. num. 4.*

Modus perficiendi hanc donationem duplex eſt: aut enim pollicitatione perficitur, aut conventione. Pollicitatione fit donatio, caque valet, ſi quis vel perſonæ Martyris, Prophetæ, aut Angeli, tanquam ipſi poſtea oratorium ædificaturus; vel Xenodochio, Nilocomio, Prochio, (a) aut Reipub. (b) ex ſua ſolius oblatione donum promittat, (c) eaque donatio inſinuata fuerit. (d) 23

a) *l. Si quis donaverit. 15. C. de SS. Eccleſ.* (b) *l. hoc jure 19. in princ. ff. de donat. l. 1. 9. item ſive, & §§. ſeqq. l. tottens. 6. §. 1. & §. ſeq. l. ob caſum. 7. l. ex pollicitatione. 9. l. ſi quis 11. l. pen. ff. de pollicitat.* ex quibus locis conſtat, eatenus valere donationem Reipub. pollicitatione ſola factam, ſi ex juſta aliqua cauſa procedat, vel promiſſum opus impleri cœptum ſit. De hac donatione vide etiam Cujac. *libr. 12. obſervat. cap. 28.* (c) Id enim pollicitatio eſt, ſolius ſcilicet offerentis promiſſum, *l. 3. in princ. ff. de pollicitat.* (d) *d. l. ſi quis 15 C. de SS. Eccleſiis.*

Conventione fit donatio, cum mutuo conſenſu donatoris, & donatarii liberalitas exercetur: (a) quomodo regulariter donatio perfici debet. Antequam enim is, cui donatur, ſcierit ſibi donari; & donationem ratam & gratam habuerit, non perficitur regulariter donatio. (b) 24

a) *l. 1. §. Conventionis. ff. de pactis, l. abſenti. 10. ff. de donat. & Novell. 162. cap. 1. §. & ſancimus.* (b) *l. 2. §. ſed ſi quis, l. etiam 4 d. l. abſenti. 10. l. nuda ratio. 26 ff. de donat.* Cujac. *dict. libr. 12. obſervat. cap. 28. & ad l. ſervus. 62. ff. de verbor. obligat.* Anton. Faber. *lib. 3. conjectur. cap. 12. pag. 122.*

Donatio autem, quæ fit conventione, aut ſola perficitur conven- 25

tione, sine traditione, veluti stipulatione, vel nudo consensu: (a) aut perficitur conventione, & simul traditione, (b) quæ rerum donatio appellatur. (c)

a) *d Novell. 162. cap. 1. §. & sancimus, & §. aliæ autem donationes, vers. perficiuntur, Instit. de donat. l si quis argentum 35. ff. de donat.* Olim donatio tantùm stipulatione, & traditione perfici poterat, ut arguit *d l. Papinianus 23. & l. cum hic status. 32 § 1. l. si stipulata. 33. in princ. ff. de donat. inter vir. & uxor.* & his duobus modis donatio legitimè confici dicebatur *l 2.* ubi gloss. *in verb. confectam. Cod. de dote caut. non num.* Anton. Fab. *lib. 2. conject. cap. 8.* verùm ex Iustiniani constitutione etiam nudo consensu hodie donatio perfici potest, *d. §. aliæ autem. Instit. de donat. & d l. si quis 35 ff. dict. tit.* (b) *l. 3. §. satis autem, ff. de obligat. & actionibus & §. per traditionem. vers. sed si quidem ex causa, Institut. de rer. divis.* & quando acceptilatione donatio perficitur, traditione fieri intelligitur, *per l. singularia. 15. vers. quod igitur. ff. de rebus credit.* (c) *in d. l. Papinianus. 23. ff. de donat. inter vir. & uxor.*

26 Sed nudo consensu facta donatio, contractus sit, vel pactum legitimum, vel modus adquirendi dominium, in disceptationem vocatur. Nos pactum esse legitimum, (a) non contractum, (b) non adquirendi dominii modum, (c) affirmamus.

a] Donationem nudo consensu factam ante Iustinianum fuisse pactum jurisgentium vel ex eo patet, quòd Iustinianus Imp. sua constitutione hujusmodi donationem ad obligationem efficacem, singulariter confirmavit, *in d. l. si quis argentum. 35. §. sed si quidem, vers. sin verò: ibi, ex lege nostra, &c. C. de donat. & d. §. aliæ autem donationes. vers. & ad exemplum, Inst. d t.* est ergo hodie donatio hæc pactum legitimum, *per l. legitima 6. ff. de pactis.* Idque docet etiam Cujac. *ibidem*, & Iohan. Borch. *in Commentar. in t. de pactis, c. 2. sub secunda pactor. divis. n. 28.* [b] Franciscus Bald. *in Iustiniano suo, pag. 351.* Donell. *lib. 25. Comment. ad l. contradius 17 C de instrumentor. pag. 247. in princ. & lib. 12. c. 10. pag. 35. lin. 47.* & alii alibi, donationem nudo consensu factam, contractum esse definiunt, quibus assentiri non possum. Cùm enim pactum sit legitimum, propriè contractus dici non potest: quippe cùm & pactum legitimum, sit nudum, & solum pactum, *l. frumenti. 12. C. de usur. l. etiam 30. ff. d. t. l. major annis 23 ibi, solum pactum, C. de pignor. & hypoth. l. si tibi decem. 17. §. 2 ff. de pact.* Nudum & solùm pactum autem distinguitur à contractu, *l. jurisgentium. 7. § 1. & 2. juncto §. sed cùm nulla, & §§. seqq. ff. de pactis.* Deinde si hæc donatio esset contractus, qui solo consensu perficitur, Iustinianus Imper. huic generi contractuum hanc donationem annumerasset *sub tit. Instit. de oblig. ex consensu*; maximè cum eo tempore,

quo

quo Inſtitutiones componebantur, ad obligationem ex ſolo conſenſu efficax fuit. Adhæc contractus, & quidem ſolo conſenſu initus, inde dici hæc donatio non poteſt, quod hujus generis contractus & mutuam obligationem parit, & bonæ fidei eſt, §. *ultim. Inſt. de obl. ex conſenſu*, & *l. 2. §. fin. ff. de obl. & act.* cum tamen hæc donatio donatori tantùm obligationis vinculum injiciat, & ſtricti juris ſit. *l. eum qui. 22. ff. de donat.* & *arg. §. actionum autem, Inſt. de action.* [c] Contius *lib. 1. Diſput. c. 12.* & Cujac. *in notis poſter. ad tit. de Inſt. de donat. in pr.* ſcribunt, donationem nudo conſenſu factam, eſſe modum adquirendi dominium jure civili; ſed rejicitur hæc ſententia, vel hoc ſolo argumento, quod donatarius rem ſibi hoc modo donatam, non rei vindicatione, ſed condictione ex lege perſequitur, *Novell. 162. c. 1. §. & ſancimus*, Bartol. *in l. cùm pater, §. Mævia. num. 3. ff de leg. 2.* & quia obligationis tantùm vinculo hæc donatio donatorem conſtringit. §. *alia autem, verſ. ad exemplum, Inſt. de don. & l. ſi quis 35. §. ſed ſiquidem, C. d. t.* certè modus adquirendi dominii haud rectè dicitur. Obligationis enim ſubſtantia non in eo conſiſtit, ut aliquod corpus noſtrum, aut ſervitutem noſtram faciat, *l. 3. ff de obl. & act.* Denique donatio nudo conſenſu facta eſt conventio & nudum pactum, ut oſtendi. Sed nudis pactis, & conventionibus rerum dominia non transferuntur, *l. traditionibus 20. C. de pactis.* Vide Donell. *lib. 5. Comm. c. 2. pag. 327.*

Interdum tamen conventio vel ſola, vel traditione ſubnixa, non 27
ſufficit ad donationis perfectionem, ſed inſuper etiam acta publica deſiderantur, ut donatio inſinuetur, daß dieſelb vor Gericht gebracht werde; quæ ſolennitas neceſſaria eſt, cum legitimum modum donatio excedit; ut quando quingentorum ſolidorum quantitate major eſt. [a] Quæ donationis inſinuatio facta in uno loco effectum ſuum porrigit etiam ad bona extra illud territorium ſita. [b]

a] §. *Et cùm retrò principum. Inſt. de donat. & l ſancimus 34. l. pen. §. ultim C. de donat.* De ſolidis, & eorum æſtimatione vide Dan. Mollerum *lib. 1. ſemeſtr. c 37.* (b) *l. in hac ſacratiſſima 30. ibi, ubicunque poſiturum, C. de donat. d. l. ſecundum Divi Leonis 32. C. de contrah. empt.* Andr. Gail. *lib. 2. obſ. pract. obſ. 123. num. 5.* vide Wurmbſer. *lib. pract. obſervat. tit. de verb. ſignif. obſ. 11.* Dn. D. Bocer. *in tr. de donat. c. 3 num. 49.* Adverſatur Fürſtlich Würtemb. Landrecht. *3. part. 2. tit. 13. fol. 280. ibi.* vor vnſern Gerichten vnder welchen die Güter gelegen ſeynd. quod ſequitur Dn. D. Beſold. *in ſuis diſputat. ad Ius Würtemb. diſp. 2. th 129.*

Et licet donatio in pios actus, vel religioſas perſonas facta ſit, inſi- 28
nuationem, ſi quingentos ſolidos excedat, neceſſariò requirit, [a] præterquam, ſi facta ſit in redemptionem captivorum, vel in eum, cujus domus incendio aut ruina periit. [b]

l. Si quis argentum 35. §. fin. verſ. tantoq; magis. C. de donat. l. illud 19. C. de SS. Eccleſ. Merenda *lib 1. controv. 14.* Inter ppr. diſſentiunt *per l. illud 36. C. de donat.* [b] *d. l. ſi quis 36 in pr. & §. 2. C. d t.* Merend. *d. lib. 1. controv. 15. n. 9.*

29 Non indiget etiam inſinuatione donatio, ſi ab Imperatore in privatum, vel ab hoc in illius majeſtatem ſit collata; aut facta ſit à glorioſiſſimis viris Magiſtris militum in fortiſſimos milites: [a] ut nec donatio reciproca, in tempus mortis facta inter conjuges: [b] neque donatio jurata. [c] Maximè ſi inſinuationis neceſſitati per juramentum ſit renunciatum. [d]

a] *Dict. l. ſi quis 36. §. 1. & l. ſancimus 34. in princ. junct. Auth. itemq; C. de donat. Novell. 52. c. 2.* [b] Andr. Gail. *lib. 2. obſervat. 40. num. 8.* [c] Ferdinand. Vaſqu. *de ſucceſſ. creat. lib. 2. § 18. requiſit. 29. num. 161.* Andr. Gail. *dict. libr. 2. obſerv. 39.* Merend. *d. lib. 1. controv. 13.* [d] ut docet Mozz. *t. de donat. col. 3. num. 21.* adde Vivium *deciſ. 453.* & Cæval. *quæſt. 222.*

30 Omiſſio autem inſinuationis non totam donationem vitiat, ſed illud tantùm, quod ſuperfluum eſt, & legitimum modum excedit.

l. Ut mihi 21. §. 1. ff de donat. l. ſancimus 34. in pr. & l. ſeq. §. fin autem. C. d t. Novell 162. c. 1. §. & illud etiam. facit quoque textus *in l. ſive generalis 61 ff de jure dot.* vide ſupra *diſp. 14. th. 28. & diſp. 15. th. 18. & infra claſſ 3. diſp. 5 th. 47.*

31 Repetitur autem ſuperfluum illud condictione; [a] condictione, inquam, ſine cauſa, aut ex injuſta cauſa. [b]

a] *Dict. l. ut mihi 21. in fin. ff. de donation.* [b] *arg. l. 5. §. ultim junct l. ſeq ff. de donat. inter vir. & uxor gloſſ. in d. l. ut mihi. 21. in fin. ff de donat.*

32 Sequitur de actione, quâ donatarius rem ſibi donatam perſequi poteſt. Quòd ſi in ſtipulationem deducta ſit donatio, ex ſtipulatu agendum eſt: ſin nudo conſenſu fuerit perfecta, condictione ex lege experiri donatarius poterit. [a] Si verò pollicitatione ſit facta donatio in pias cauſas, *de quibus ſupra theſ 23. & 28* ſimiliter condictionem ex lege donatario dandam puto. [b] In Reipub. autem per pollicitationem facta donatione, Prætoris vel Præſidis extraordinaria cognitio eſt. [c]

a] *Novell. 162. c. 1. § & ſancimus*, & ibi Cujac. *l. ſi quis argentum 35. §. ſed ſiquidem, C. de donat.* Petr. Faber. *in l. Divus Pius, ff. de reg. jur.* Corat. *lib. 3. Miſcell. c. 15.* Duar. *ad t. de donat. c. 6.* [b] Ex ejuſmodi enim pollicitatione actio in donatorem datur, *l. ſi quis donaverit. 15. C. de SS. Eccleſ.* Quocirca cùm ſimul cautum non ſit, quo actionis genere peti donatum poſſit, condictioni ex lege erit locus, *l. quoties lex, in princ. C. de obligat.*

obligat. & act. junct. l. un. ff. de condict. ex lege. [c] *l. de pollicitationibus. ff. de pollicitat.* & ibi Wesenbec. *in Paratitl. in princ.* & Cujac. *in Paratitl. ff. de variis & extraordin. cognit.* Arnold. ab Haerfolte *ad 7^m^ partem Digest. act. 68.*

Hujusmodi autem actione aliqua donator conventus, eatenus tantùm, quà facere potest, tenetur. 34

l. Qui 12. l. qui id 33 in pr. ff. de donat. l. inter 19. §. fin. ff. de re judicat. l. Divus Pius. 23. ff. de reg. jur.

Neque præstat donator ob moram fructus, aut usuras: (a) ut nec de evictione donatario tenetur, licèt doli actione, si donatarius sumptus in rem fecerit, conveniatur, cum sciens rem alienam ignoranti donaverit. (b) 35

a) *l. In ædibus 9. §. 1. l. cum de modo 11. l. eum qui 22. ff. de donation.* (b) *l. Aristo 18. §. fin. ff. d. t. & l. 2.* ubi Donell. C. *de evictionibus.* Sunt, qui dissentiunt: *per l. 2. C. de evict.* vide Rom. *consil. 34. circa finem*, Roland. à Valle *cons. 5. num. 26 vol. 3* Iason. *cons. 37. volum. 1.* & Ruin. *cons. 184. volum. 1.* adde Cœpen. *lib. 1. observat. 102.* & Scaccham *de judic. lib. 1. cap. 30.*

Si tamen donator, evictionem se præsticturum stipulatione caverit, certè re donata evicta donatario hoc nomine tenetur, non etiam si nudo pacto id caverit. 36

Dict. l. 2. C. de evictionibus: quam legem interpretes quoad pactum per l. si quis 35. §. pen. C. de donationibus, correctam putant, sed falsò, ut eleganter ostendit Donell. *ad d. l. 2 num 6. C. de evict.* Pactum enim stricto negocio adjectum (quale est Donatio nudo consensu facta) non parit actionem.

Dispiciemus nunc de causis revocandi hanc donationem. Et primò quidem licèt temerè non revocetur, (a) revocatur tamen ex donatoris pœnitentia (b) ob ingratitudinem donatarii manifestissimè judici probatam: (c) veluti si donatarius atroces injurias in donatorem effundat: si manus impias illi inferat: si ejus vitæ insidietur: si grandem jacturæ molem illius substantiæ & bonis ingerat: si legem donationi dictam non impleat: (d) si item (ut Dd. volunt) donatorem egenum alere recuset. (e) 37

a) §. *Alia autem Instit. de donat. l. sive emancipatis. 17. cum tribus seqq. C. de donat. l. cum ancillam. & l. si repetendi. C. de condict. ob causam l. 2. 3. 4. 5. 6. ultim. C. de revocand. donat.* (b) Dico ex donatoris pœnitentia. Non enim ipso jure infirmatur ob has causas donatio, ut rectè ostendit Donell. *lib. 14. Comment. cap. 28.* (c) §. *Sciendum est tamen Instit. de don.* (d) *d. l. ult. C. d. t. Novell. 22. cap. 35.* Donell. *d. l. 14. Comment. cap. 27.*

ubi

ubi has quinque ingratitudinis causas exponit. (c) *gloss. in d. l. ultim.* & ibi Cyn. & Salic. C. *de revocand. don.* Nicol. Everh. *cons. 193. num. 6.* At dissentit Donell. *d. lib. 14. cap. 27. pag 321. & seqq.*

37 Mater tamen donatrix ob ingratitudinem filii non revocat donationem, si libidinosè vivat, (*a*) aut ad secundas nuptias transeat. (*b*)

a) *l. His solis in fin C. de revocand. donat.* (b) *Novell. 24. §. mater tamen, & Auth. quod mater, C. de revocand. donat.*

38 Est autem quæstionis, possitne revocari donatio, de qua non satis liquet, sitne inter vivos, vel mortis causa donatio? Scabini Lipsenses existimant, non videri probatam donationem à donatario, cùm non appareat, an inter vivos, vel mortis causa donatio sit.

Vide in resol. Scabinorum Lipsi. quæst. 27.

39 Ad revocandam autem donationem, ex hujusmodi aliqua ingratitudinis causa, competit donatori actio ingrati: quæ non in rem, sed in personam actio est; (*a*) non tamen (licèt id Donellus velit) (*b*) ex contractu. (*c*)

a) *Dict. l. his solis. 7. vers. actionem verò, C. de revocand. don.* Donell. *d. lib. 14. c. 31.* (b) *d. c. 13.* (c) Ex conventione enim, quam contractus requirit, *l. 1. §. conventionis, ff. de pactis.* hæc actio non nascitur: sed extra id, quod agitur, hæc nascitur actio, ut interdum condictio indebiti, *l. is, qui commodatum. 13. §. ult. ff commodati.* Et si esset hæc actio ex contractu, esset vel ex nominato, vel innominato contractu. Sed de nominato hoc contractu nihil constat. Nec dici potest, quod sit ex contractu innominato. Is enim præscriptis verbis actionem parit, *tot. tit. ff. de præscript. verb.*

40 Hanc autem actionem ex prædicta aliqua causa donator tantum adversus ingratum donatarium, non etiam donatoris heres, vel ipse donator in donatarii heredem movere potest.

l. 1. Vers. hoc tamen. & l. ult. vers. Hoc tamen, C. de revocand. donat. cap. fin. extra. de donationib. & arg. l. omnimodo. Cod. de inoffic. donat. Dissentit argumentis speciosis Donell. *libr. 14. Comment. cap. 29. & seq.* Vbi & donatoris heredi, & contra donatarii heredem competere hanc actionem contendit. Et huic ejus sententiæ suffragari videtur, quod etiam pœnales actiones regulariter competunt heredibus, §. *Sed heredibus. Instit. de perpetuis & temporalibus actionibus.*

41 Successor tamen donatoris Regis vel Principis donationem de Regno, vel Principatu factam revocare potest, si in successorem ingratus extiterit donatarius.

Ludovicus de Molina *lib. 4. de Hispanor. primogeniis cap. 11. num. 67. Atque ita censuit Collegium Facultatis Iuridicæ Tubingensis. Anno 608. Mense Majo.* Vide Vivium *decis. 141.*

Quæ-

Quæritur & illud, si donator de ingratitudine per donatarium sibi illata, extra judicium questus fuerit, an ejus heredibus revocare donationem liceat? 42

Affirmativam tueri videtur textus *in l. 1. ibi, mutata voluntate, Cod. de revocand. donat. & l. ultim. C. dict. t.* Vbi denegatur heredi donatoris actio ingrati, si donator ipsemet tacuit: Vnde si non tacuit, heredi datur actio.

Similiter si pacifico adhuc donatore, id est, ante inchoatum, cœptumque jurgium, rem donatarius vendiderit, alii donaverit, in dotem dederit, cæterisvé causis legitimè alienaverit, cessat hæc actio. 43

Dict. l. hâc solâ 7. vers. Cæterum, C. de revocand. donat. Dissentit Donell. *d. lib. 14. Comment. cap. 31.* Vbi citatum textum intelligit in casu speciali, quando mater in liberos donationem contulit.

Revocatur item hæc donatio per liberos vel parentes donatoris mortui, si inofficiosa, id est, immoderata, immodica, & immensa fuerit, ut ipsis liberis, vel parentibus defuncti donatoris portio legitima non sit relicta, sive in extraneos, sive in alios liberos, aut parentes sit collata donatio. 44

Toto titul. C. de inoffic. donat. ubi Cujac. *in Paratitl.* & Donell. *lib. 19. Commentar. cap. 11.* De liberis est ferè *tot. titul. Cod. de inoffic. donat.* de parentibus est, *l. 4. C. eodem.* Quæritur, an hoc revocandæ inofficiosæ donationis beneficium competat etiam fratri contra fratris consanguinei donationem inofficiosam? Et quia hæc querela ad similitudinem querelæ inofficiosi testamenti introducta est, *l ultim. Cod. dict. tit.* dubitandum non est, quin & fratri ea competat. Donell. *dict. libr. 19. cap. 11. pagin. 321.*

Non tamen tota donatio ex hac causa revocatur, sed tantùm pro ratione legitimæ. 45

l. 2. l. 4. l. 5. l. si mater. 7 l. si liqueat 8. Cod. de inoffic. donat. ubi Cujac. *in Paratitl.* Andr. Gail. *libr 2. observat. pract. observat. 38. num. 15. & observat. 116. num. 4.* Hotoman. *libr 1. amicabil. Respons. cap. 12.* Donell. *lib. 19. Commentar. cap. 11 pag. 314. circa finem, & pag. seq.* Dissentit Anton. Faber, *lib 3 conjectur cap. 17.* & Iohan. Niell. *disputat. 5. thes. 8. sub lit. A.* Vide Schæffer. *lib. 3. quæstion. jur. quæstion. 35.*

Revocatur autem inofficiosa donatio vel actione familiæ erciscundæ, si pater in unum ex filiis fam. omne suum patrimonium, quodam immensæ liberalitatis impetu, effudit: *(a)* vel restitutione in integrum ex persona donatoris, si is ob minorem ætatem contra suam donationem, quâ patrimonium suum exhausit, beneficio restitutionis in integrum uti potuit: *(b)* vel querelâ inofficiosæ donationis, si neutri superiori remedio locus sit. *(c)* 46

a) *l. 8.* Vbi vide Sichard. *Cod. de inoffic. donat.* (b) *l. 4.* ubi Sichardus, *C. d. tit.* (c) *l. cum donationibus. 6. & tot. d. tit. in Cod.*

47 Atque hæc etiam querela actio est, *(a)* & quidem actio in rem, *(b)* quæ tamen ipsi donatori ex pœnitentia (licèt interpretes id velint) non datur, ut nec cætera superiori conclusione proposita juris remedia. *(c)*

a) *l. Vlt. ibi, ut sit in hoc actionis utriusque. Cod. de inoffic. donat.* facit quod & querela inofficiosi testamenti actio est, *l. nihil 12. in princ. l. Nam etsi 15. §. filius, ff. de inoffic. testam.* (b) Nam & querela inofficiosi testamenti, ad cujus similitudinem querela hæc introducta est, *d. l. ult. C. de inoffic donat.* est in rem actio. Appellatur enim vindicatio *in l. qui repudiantis 17. ibi*, non rectè vindicasset, *ff. d. tit.* Item petitio hæreditatis *in l. si quis 34. C. de inoffic. test.* Petitio autem propriè est in rem actio, *l. in personam 28 ff. de obligat. & actionib.* (c) Donell. *lib. 19. Commentar. cap. 11. pagin. 320.*

48 Adhæc si parens filios non habens, bona omnia vel partem aliquam facultatum suarum fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos, totum quicquid largitus fuerit, in ditionem & arbitrium donatoris ejusdem revertitur.

l. Si unquam. 8. Cod de revocand. donat. quam legem non tantum de patrono, sed & de alio parente intelligendam esse interpretes plerique volunt; & rectè quidem *per l. cum avus 102. ff de condit. & demonstrat. & l. cum acutissimi 30. C de fidecommiss. l. Generaliter, §. fin. Cod. de institut. & substitut. l. Tale pactum. §. fin. ff. de pact. & apparet ex his, quæ scribit* Cujac. *lib. 20. observ. cap. 5.* Fachinæ, *lib. 3. controvers. cap. 85.* Mynsinger. *cent. 5. observat. 63. & seq.* & post alios longo stylo Tiraquell. in hanc *l. si unquam, in verb. liberis, num. 41. & seqq.* Accedit, quod verisimile non est, patrem donantem voluisse alienas successiones liberis suis anteponere, vide Oldrad. *Consil. 238. & 278.* Curt. sen. *consil. 1.* At dissentit Donell. *in solenni repetitione d. l. si unquam & lib. 14. Comment. cap. 32.* & Anton. Faber. *lib. 7. conject. cap. 15.* Vide insuper Modestin. Pistor. *quæst. 66.* Honded. *consult. 43 & cons. 84. vol. 1. & cons. 78. vol. 2.*

49 Sed anceps admodum est quæstio, possitne pater donator in præjudicium liberorum renunciare beneficio d. l. unquam? Et quod possit, salva liberorum legitima, verius videtur: *(a)* licèt contraria de sententia in praxi decedere haud tutum foret. *(b)*

a) Tribuitur enim beneficium ejus legis soli patri donatori, non item liberis, *per text. in d. l. si unquam. ibi, donatoris arbitrio, ac ditione, Cod. de revocand. donat.* Id sentit etiam Ias. *consil. 125. libr. 1. & consil. 230. lib. 2.* Donell. *ad d. l. si unquam. num. 11. & 12.* & Cujac. *libr. 20. observat. cap. 5.*

cap. 5. Pater igitur renunciare illi potest, *per l. Iure mandata. 21. ibi, nam suæ quisque rei moderator & arbiter, Cod Mandat, d. l si quis in conscribendo. 29. ibi, Omnes licentiam habere his, quæ pro se introducta sunt, renunciare Cod. de pactis.* Et quod renunciare beneficio illius legis patet donator possit; tradit quoque Cujac. *d. libr. 20. cap. 5.* Confert quoque *l. Qui jure 7. ff. de testam. militar.* Et sentit idem Fachinæ *lib. 3. controvers. cap. 84.* Fürstl. Würtemb. Landrecht das Alte *part. 2. pag. 227.* das Newe *part. 2. tit. 18. in fin.* Per ea quæ tradit Francisc. Curtius Senior *consil. 1. num 7. seqq.* Mynsing. *cent. 5. observ. 63. num 6. & seqq.* Andr. Gail. *lib. 1. observat. 40. num ult.* Vivius *decis. 259.* Paul. Christin. *vol. 1. decis. 340.*

Dubitatur item de hoc, an si liberi post donationem suscepti, vivo donatore decedunt, revocationi donationis locus sit, nec ne? Affirmativam nos cum Donello probamus. 50

Cum enim ipso jure liberorum nativitate donatio illa revocata sit, & dominium rerum donatarum ad patrem ipso jure redierit, uti ipsa lex abundè arguit, certè sine ejus facto amplius illi haud auferri id potest, *l. Id quod nostrum est, ff de Regul. Iur.* vide Donell. *ad dict. l. si unquam, numer. 9. 10. & 11. C. de revocand. donat.* & Fachinæ. *lib. 3. controvers. cap. 90.* Plures alias quæstiones vide apud eundem Fachinæum *lib. eod. cap. 86. 87. 88. 89.*

Denique post contractum capitale crimen factæ donationes irritæ sunt, si condemnatio secuta fuerit: (*a*) & si perduellionis sit crimen, etiamsi donator nondum postulatus sit, revocantur per fiscum donationes post contractum crimen factæ. (*b*) 51

a) *l. Post contractum 15. ff. de donat.* vide Cujac. *in lib. 12. Respons Papinian pag. 520.* Cæterum conclusio hæc exaudienda in casu, quo condemnati Rei bona confiscantur, vide in Resolut. *Scabinor. Lipsens quæst. 12.* (b) *l. Donationes. 31. §. ult. ff. d. t. l. Ex judiciorum 20. ff. de accusat. d. l. ult. C. ad Iul. Majestat.*

Adhuc de propria donatione: sequitur de non propria donatione, quæ non ex mera liberalitate, sed sub certa aliqua causa in aliquem confertur. (*a*) Estque duplex; Mortis causa donatio, & donatio inter vivos. (*b*) 52

a) *l. 1. l. Hoc jure. 19. in princ. §. pen: & ultim. l. Aquilius 27. l. si pater 34. §. 1. ff. de donat. l. Senatus 35. §. Mortis causa, ff. de mortis causa donat. & tot. tit. C. de donat quæ sub modo,* (b) *l. Alienatum. 67. §. 1. ff de verb. signif. §. 1. Institut. de donat.* Mortis causa donationem esse non propriam donationem arguit textus *in dict. l. 1. in fine principii ff. de donat.* & donationes inter vivos, excepta donatione simplici, impróprias esse donationes apparet ex eadem illa *l. 1.*

53 Mortis causa donatio est conventio. (a) qua quis suæ mortis (b) suspicione sive cogitatione, quippiam alicui ritè (c) donat, ita ut morte secuta perficiatur ea donatio. (d)

a) *l. Inter mortis 38.* & ibi gloss Bartol. & alii, *ff. de mortis caus. donat. l. sed interim 11. §. Quando itaque. ff. de donat. inter vir & uxor* Hotoman. *libr. 8 observ. cap 18.* Hartman. Pistoris *libr. 1. quæst. juris, quæst. 13. num. 6. & seqq* Andr. ab Exea, *libr. Pactorum, num. 95. pagin. 38. & seq.* Berlich. *tom 3. pract. concluss 1.* Atque hoc genere distinguitur donatio mortis causa à legato, & fideicommisso singulari. (b) Dico MORTIS SUÆ, propter *l. Mortis causa 31 & l. In mortis 38. ff. de mortis causa donation. & ibid.* Cujac. *in Paratitl.* (c) Nam præsentiam quinque testium desiderat, *l. ultim. Cod. de donat. caus. mort.* Sed vide Didac. Covarruv. *in 6 Relatum, num 12. extr. detestam.* (d) *l. Non videtur. 32. ff. de mortis caus. donat. l. 1. C. d. t.* An mortis causa donatio magis assimilettur contractibus quam ultimis voluntatibus? latè deducit Cæval. *in commun. contr. commun. quæst. 695.*

54 Quod si dubitetur, mortis causa donatio sit, vel inter vivos, conjecturis locus erit.

Mantica *de conjectur. ultimar. voluntatum. lib. 1 tit. 13.* Menoch. *lib. 5. de præsumpt. præsumpt. 35.* & Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 161.* Cöpen. *enucleat. q. 3. decad. 2.*

55 Etsi verò mulier ex statuto contrahere prohibeatur, mortis tamen causa donare potest: (a) ut & minor 25. annis, curatorem habens, absque ejus consensu. (b)

a] Vide Fachinæ. *lib. 5. controvers. cap. 60.* Rauchbar. *lib. 1. quæst. jur. 32* Berlich *lib. 2 concluss. 17. num. 97. & seqq.* Dn. Belold. *ad part. 2. Stat Wirtt. thes. 135.* Dissentit Tyraq. *de legib. connubial. gloss 5. quæst. 4. num 64* Guttierrez. *libr. 2 pract quæst. concluss 21.* Vbi dissentit Cum Francisc. Caldas.

56 Sunt autem donationis mortis causa genera duo: Vnum, cum quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat: alterum, cum quis periculo quodam mortis commotus donat.

l. 2. l. Mortis causa. 31. §. fine, vers. rursus & l. Senatus. 35 §. Mortis causa, ff. de mortis causa donat. l. ult. C. d. t.

57 Posterius illud genus in duas species discedit, prior est, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim res fiat accipientis: posterior, cum quis periculo mortis percitus sic donat, ut non statim fiat res accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.

Dict. l. 21. & l. si mortis. 29. ff. de mortis causa. l. sed interim. 11. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.

At

At licet quandoque ita donetur mortis causa, ut statim res fiat ac- 58
cipientis, non tamen perfectè ipsius fit, antequam mors donatoris in-
sequatur.

l. Non videtur perfecta. 32. & d. l. si mortis causa. 29. vers. si verò sic. ff. de mortis caus. donat. Didac. Covarr. *in Rubr. de testam. part. 3. n. 16* facit *l. 139. §. non videtur. ff. de reg. jur.*

Porrò mortis causa donatio nullo casu (a) insinuationem, regu- 59
lariter tamen quinque testes desiderat. (b)

a) *l. Vlt. C. de mortis causa donat.* Schurff. *Consil. 6. num. 7. & Consil. 64. num. 7. cent. 1.* Ferrar. *in forma libelli de donat. in verb. purè, merè num. 3.* Wesenb. *in paratit. ff. Tit. de mortis causa donat. num. 6.* Est ergo abrogata pro parte, *l. donatio 25 C. de donat.* (b) *l. 4. C. de donat. causa mort. l. ultim. C. de codicill.* Dissentit Francisc. Balduin. *in Iustiniano pag. 140. & seq.* ubi scribit, non in omni donatione mortis causa testes quinque requiri, sed in ea tantum, cujus quantitas insinuationem desiderare videtur. Idem tenet Schurff. *consil. 6. cent. 1.* vide Berlich. *vol. 3. concl. 2.* Sed an valent hæc donatio in præsentia quatuor testium & Notarii tradit Modest. Pistor. *q. 145.*

Atque hæc donatio etiam inter conjuges facta valet: (a) & con- 60
numeratur ex Iustiniani lege per omnia ferè (b) legatis, sive à testato,
sive ab intestato facta sit. (c) Proindeque per Falcidiam minuitur hæc
donatio. (d)

a) *l. Si cum 9. § ult. d. l. sed interim. 11. §. 1. l. uxori sua 22. ff. de don. inter vir. & uxor* Thad. Piso *lib. 4. var. resolut. c. 4. num 15.* Clar. *§. donatio quæst. 9. num. 2.* (b) Dico, FERE, nam donatio hæc est conventio: Legatum fit unilaterè. Et filiusfamil. permittente patre mortis causa donare potest, *l. tamen 25. §. 1. ff. de mortis caus. donat.* at legare non potest, *argum. l. 2. ubi gl. ff. de legat. l. 1. §. 1. in princ. ff. de legat. 3.* (c) *l. ult. ff. de donat. caus. mort. §. Ha mortis causa. Instit. de donat.* (d) *d. l. ult. ibi, Omnes mortis causa donationes, C. de donat. mortis causa.* Dissentit Cujac. *lib. 3. observ. cap. 17. in fin. & in Tractat. ad Afric. Tractat. 2. pag 53 per l. si filius 20. §. 1 ff. de legat. præstand. contra tab. bonor. possess. petit.* (e) *l 5. l. pen. C. ad leg. Falcid. l. 2. in fin. C. de mortis caus donat. l. 1. §. si quis, ff. Quod legat.* sed vide in consultat. *const. Saxon. part. 2. q. 18. & Resolut. Scabin. Lipsens. q 116.*

Quia autem mortis causa donatio legatis connumeratur, etiam ipso 61
jure citra traditionem mortuo donatore, ex hac donatione dominium rei
donatæ donatario adquiritur.

l. 2. junct. §. ult. l. 1. ff. de public. in rem act. Didac. Covarr. *ad Rubr. de testam. part. 3. n. 16. pag. 9.*

62 Si quoque post mortem donatoris rem sibi donatam absque voluntate heredis donatarius occupaverit, datur heredi interdictum, quod legatorum, ut recipiat rem donatam, & sibi Falcidiam per retentionem servet.

Cujac. *lib. 10. observat. cap. 28.* Vide *in Tractat. meo de donat. cap. 11. num. 5.*

63 Cæterum quæritur, (a) qua actione rem mortis causa donatam persequi donatarius possit? Nos vivo testatore nullam: (b) eo autem mortuo, rei vindicationem, aut publicianam in rem actionem, si donator rem, & quidem speciem propriam, vel quasi propriam donaverit, (c) vel si donaverit certam pecuniæ quantitatem, utilem ex testamento personalem actionem, (d) donatario competere putamus.

a) Vide Didac. Covarr. *ad Rubric. de Testamentis, part. 3. num. 17.* (b) nam pœnitentia donatoris revocari potest hæc donatio, ut post dicetur. (c) *argum. d. l. 2. junct. §. ultim. l. 1. ff. de publician. in rem action.* (d) *argum. §. Nostra autem constitutio, Institut. de legat. junct. §. Hæ mortis causa donationes. Institut. de donationib.* vide Didac. Covarruv. *d. loco.*

64 Revocatur autem mortis causa donatio pœnitentia donatoris. (a) Item, fideicommisso: (b) ut & cessante vitæ periculo, cujus metu facta est donatio: (c) tum etiam morte donatarii, si ea vivo donatore contingat. (d)

a) *§. 1. Institut. de donat. leg. qui mortis causa 30. ff. de mort. causa donat. l. sed si mors 13. §. 1. vers. Ita tamen, ff. de donat. inter vir. & uxor.* (b) *l. 1. C. de donat. causa mort.* (b) *§. 1. vers. sin autem, Inst. de donat. l. cum quis 12. ff. de condict. causa dat. l. non omnis 19. in princ. vers. nam & is, ff. de reb. credit.* (d) *dict. §. 1. Institut. de donat. d. l. Non omnis 19 in princ. ubi gl. ff. de reb. cred. l. Seja. in fin. ff. de mortis causa donat.* Hondedæ. *consultat. 44 numer. 47. & seqq.*

65 Hinc donatio mortis causa censetur revocata, si id quod donatum est, postea donator suo testamento alii reliquerit.

Per d. l. 1. C. de donat. mort. caus. Vide Resolut. *Scabin. Lipsens. q. 81.* Modest. Pistor. *q. 123.*

66 Similiter irrita fit hæc donatio, si donator capitis fuerit damnatus, licet ante contractum crimen donatio fuerit facta.

l. Si aliquis 7. ff. de mortis causa donat. Cujac. *in lib. 12. Resp. Papiniani pag. 520. & seq.*

67 Revocatur autem ex pœnitentia hæc donatio re tradita, vel rei vindicatione, si ita donatum sit, ut si mors contigisset, tunc rem donatarius haberet; (a) vel condictione causa data, causa non secuta, vel utili rei

li rei vindicatione, si ita sit donatum, ut donatarius jam nunc quidem haberet, redderet autem, si donator convaluisset, vel de prælio, vel peregrè rediisset. (b)

a) *l. Si mortis. 29. ff. de mortis causa donationb.* (b) *l. qui mortis. 30. ff. dict. tit. l. 1. C. de donat. quæ sub modo, l. cùm quis. 12. ff. de condict. causâ dat. l. si mortis. 14. l. mortis causa. 18 §. 1. l. senatus. 35. §. ergo, ff. de mortis causa donat. l. unic. §. taceat in ea retentio, C. de rei uxor. act.* Cujac. *ad African. Tract. 2. pag. 52.* & Rofred. Beneventan. *in quæst. Sabbatinis, q. 4 numer. 1. & q. 11. n. 1. & 2.*

Et hæc de mortis causâ donatione. Dispiciemus modò de donatione sub causâ inter vivos facta: quæ duplex est, aut enim nuptiarum causa facta est; aut absque nuptiarum causa. 68

Donatio nuptiarum causa facta, vel est donatio propter nuptias, vel sponsalitia, vel dotis constitutio, vel donatio Morgengabica. 69

De donatione propter nuptias, & sponsalitiis est *tit. C. de donat. ante nupt. & sponsalit.* de dotis constitutione, quod & illa sit donatio, *patet ex l. ult. in princ. ibi, propter dotis donationem, C. d. t.* donationem Morgengabicam quod attinet, ea moribus præsertim inter magnates recepta est. vide me *in tract de donat. cap. 7. & 10.* adde Excellentiss. Besold. *in thesaur. pract. lit. M. n. 52.*

Donatio propter nuptas est, quæ à parte marici, (a) vel ante vel 70
post nuptias (b) in uxorem propter dotis dationem (c) confertur. Alio nomine dicitur dotalitium, (d) nostra lingua: Ein Gegenvermachung / Leibzucht / oder Leibgeding. (e)

a) *Novell. 119. in pr. & l. si constante 19. C. de donat. ante nupt.* (b) *§. est & aliud genus, Inst. de donat. l. ultim. in princ. & §. sancimus, C. de don. ante nupt.* (c) *d. l. ult. §. sancimus, C. dict. t. & dict. Novell. 119. in princ.* (d) *c. plerunque. extra de donat. inter vir. & uxor. c. ex parte, extra, de foro competent.* (e) Iohan. Schneidewin. *ad tit. Inst. de heredit. quæ ab intestat. defer. c. de success. inter vir. & uxor. num. 43 & seq.* Hartman. Pistor. *lib. 1 quæst jur. q. 4. & 14.* Dn. D. Besold. *in d. pereleganti thesaur. pract. lit. L. n. 32.*

Etsi autem hæc donatio jure civili, non solùm in constitutione & 71
præstatione, sed & pactis doti par & æqualis esse debeat: (a) generali tamen consuetudine æqualitas illa non servatur. (b)

a) *l. Ex morte 9. junct. Auth. Æqualitas, C. de pactis conventis, l. ultim. §. fin autem, junct. Auth. dos data. C. de donat. ante nupt. Novell 97. cap. 1.* (b) Andr. Gail. *libr. 2. pract. observ. 78 num. 2. & seqq.* Gravetta *consil. 462.*

Quamvis item hæc donatio olim insinuanda erat, nisi collata fuis- 72
set

set in matremfam. minorem 25. annis: (a) ex Novel. tamen Iustiniani ex parte tantùm viri, id est, quatenus pro rata donationis propter nuptias vir ex dote lucrum captat, non etiam ex parte mulieris insinuationem desiderat. (b)

a) *l. Minoribus 17. C. de donat. ante nupt. l. sancimus 34. §. alias verò, C. de donat. l. ult. §. simili quoque C. de jure dot.* (b) *Novell. 127.*

73 Quemadmodum autem mulier soluto matrimonio dotem: sic & maritus soluto matrimonio hanc propter nuptias donationem recipit: (a) Nisi alter alteri lucrum de nisce bonis concesserit. (b)

a) Vide Wesenbec. *in paratit. ff. de jure dot* (b) *Novell. 98.*

74 Sponsalitia sunt donatio, (a) quæ contemplatione futuri matrimonii (b) fit à patre sponsi in sponsam, vel contra: (c) & non secutis nuptiis, si culpa accipientis, evanescit: (d) sin morte sponsi aut sponsæ, quod datum est, à sponsi patre, osculo dato, pro semisse tantùm per defuncti heredes revocatur: datum verò à patre sponsæ, osculum intervenerit, nec ne, totum infirmatur. (e)

a) *l 8. l. 9. l. 10. l. 15. & seq. C. de donat. ante nupt.* (b) *l. cùm veterum 15. & l. seq. Cod. d. tit.* (c) *d. l. 8. & l. 9. l. 12. Cod. d. t.* (d) *d. l. cùm veterum 15. C. d. tit.* (e) *l. si à sponso 16. Cod. d. tit.*

75 Revocatur autem res donata, solutâ hac donatione, vel per condictionem, vel per utilem in rem actionem.

Dict. l. cùm veterum 15. C. de donat. ante nupt.

76 Dotis constitutio est donatio, quæ à parte uxoris ad sustinenda facilius matrimonii onera in virum, vel ante, vel post nuptias confertur.

De hac donatione cùm ante in disputatione de jure dotium multa dixerimus, pluribus eam hic persequi nolumus.

77 Donatio Morgengabica est, quam novus maritus confert in novam nuptam ipso nuptiarum die festo, manè post primum concubitum, pro pudicitiæ & honoris thesauro, quem hæc illi ea nocte concrediderit.

Cujac. Simon Schard. Frid. Schenck Baro *ad tit. de filiis natis ex matrimonio ad morganatic. contract. lib. 2. feud.* Molin. *consil. 52. num. 34.* Sichard. *ad Rubric Cod. de donat. ante nupt. num. 12.* Hartman. Pistoris *lib. 1. quæstion. quæst 44 num 1.* Iohan. Schneidewin. *ad tit. Instit. de hereditat. quæ ab intestat. defer.* Mynsinger. *respons. 43. num. 23. Decad 5.* Iohan. Borcholt. *in Comment. in consuetud. feudor. cap. 2. num. 21.* Simon Pistoris *consil. 20. num 33. part. 2.* Ex his quidam volunt, hanc donationem esse sponsalitiam largitatem, sed eos meritò refutat Mynsinger. *dict. respons. 43. num. 22. & 23.* sunt item, qui putant eam esse donationem propter

nuptias,

nuptias, ut idem Mynſinger. & Iohan. Borcholt. *dictis locis.* Sed ab hac etiam rectè eam diſtinguit Sichard. *ad d. Rubr. Cod. de donat. ante nupt. in fin. & in l. 2. num. 1. Cod. de jure dot.* item Hartman. Piſtor. *dict. quæſt. 44. num. 2.* Quæritur an donatio inter conjuges reciproca remuneratoria ſed non æquivalens, quoad Geradam de jure teneat, non obſtante inæqualitate remunerationis? Vide Andr. Schæffer. *libr. 1. quæſt. jur. 1. per tot.*

Reſtat inter vivos donatio, donatio impropria, quæ fit ſine cauſa 78
nuptiarum. Ea autem confertur in aliquem, vel ob præteritam cauſam, vel ob cauſam futuram.

Ob præteritam cauſam eſt donatio remuneratoria, veluti, ſi do- 79
nem quidpiam alicui, quòd me ab hoſtibus & latrunculis eripuit: *(a)* vel ſi donem præceptori meo, quòd me ſcientia & diligentia meliorem reddidit. *(b)* Quales remuneratoriæ donationes etiam patri in filiumfamiliàs permiſſæ ſunt; *(c)* item conjugi in conjugem. *(d)*

a) *l. Si pater 34. §. 1. ff. de donat.* (b) *l. Aquilius 27. ff. d. t.* (c) Menoch. *lib. 2. de arbitr. jud. quæſt. 137. num. 4.* Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. 38. num. 5.* Vigel. *in methodo juris controverſ. libr. 4. cap. 11. pag. 9. Except. 2. Replicat. 4. & 5.* At diſſentit Iohan. Niell. *diſputat. feudal. 2. theſ. 5. ſub lit. E.* (d) Nicol. Everh. *conſil. 60. num. 8. & 10.* Franciſc. Vivius *libr. 1. commun. opin. ſub lit. D.* & de hac donatione remuneratoria vide omninò Garſiam *in tractat. de expenſ.* ubi *fol. m. 503.* ſubjuncta eſt hujus materiæ tractatio ubi. *n. 10.* dicit hanc donationem propter ſupervenientiam liberorum non revocari. alios vide effectus apud Tyraquell. *ad l. ſi unquam. verb. donatione largitus. num. 10. C. de revocand. donat.*

Neque requirit hujuſmodi donatio inſinuationem, etiamſi quin- 80
gentorum ſolidorum quantitatem excedat: *(a)* neque ulla ratione ab invito revocari poteſt. *(b)*

Nicol. Everhard. *dict. conſil 60 n 10.* & Mynſinger. *cent. 4. obſervat. 75.* (b) *d. l. ſi pater 34. §. 1. ff. de donat.* Alex. *conſil. 78. n. 8. vol. 4.*

Ob futuram cauſam fit donatio, verbi gratia, ſi decem Titio do- 81
nem, ut Stichum emat: *(a)* vel ſi donem Mævio centum, ut Titium manumittat. *(b)*

a) *l. 2. §. Titio. ff. de donat.* (b) *l. Ariſto. 18. §. 1. ff. d. tit.*

CLAS. II. DISPUT. XX.

DE TRANSACTIONIBUS.

THESIS I.

1 EX eo genere negociorum, quæ variè confici solent, est etiam transactio; (a) quæ est conventio, (b) qua pars una litem (c) præsentem vel futuram, (d) eamque dubiam (e) remittit (f) parti alteri, & hæc vicissim illi eo nomine quid dat, vel relinquit, vel promittit. (g)

a) *Vt arguit thesis 2. & patet ex l. 2. l. 4 ff h. t. l. 3. l. 4. l. ut responsum 15. l. si de certa 31. l si causa 32. l. ubi pactum 40. C. eod.* (b) *l. 1 §. conventionis, ibi, transigendi, ff. de pactis, l. cùm proponas 17. ibi, de conventione resiluisse, non minorem 20. Cod. de transaction, l. qui cùm. 9. §. 1. ff. d t.* & hinc distinguitur transactio à re judicata. Iudicium enim redditur in invitum; *l. inter 83 § 1 ff. de verb. obligat.* Alioquin eandem vim habent transactio, & res judicata *l. 2. ff. de jurejurand. & l. ut sunt. 230. ff. de verbor. signif.* (c) *l. 1. ff. h. tit.* nam post rem judicatam, cùm amplius lis non sit, frustra transigitur, *dict l. si causa 32. C eod. tit.* (d) *l. 2. l. de fideicommisso C. h. tit.* (e) *dict. l. 1. ff eod. tit. l. Præses 12. C. eod. tit.* litem dubiam autem faciunt, adversarii contradictio, & incertus eventus litis. *l. ultim. Cod. quibus ad libertat. proclamar. non lic.* (f) *l. 1. & l. transactionis 7. ibi, transactione decisam, l. sub prætextu 19. ibi decisionem litis Cod. hoc tit.* (g) *l. cum ea 21. & l. transactio nullo dato 38. Cod. eodem*, Zasius *consil. 18. num. 14. part. 1.*

2 Transactio autem contractus sit, vel pactum, in disceptationem vocatur, (a) Pactum est, si promissio absque stipulatione fiat, de remittenda solum lite. (b) At si confestim remittatur lis, & quid detur, vel promittatur, contractus est; & quidem vel stipulatio, vel contractus innominatus. (c) Aut si quid detur vel fiat, ut lis remittatur.

a) Vide Borcholt. *in Commentar. in tit. ff. de transact. cap. 1. num 3. & seqq.* item Andr. Tyraquell. *de Retract. lignag. §. 1 gloss. 14 num 65.* ubi dicit generaliter quod transactio sit contractus. (b) *l. 2. l. 4. ff hoc tit. l. 3. l. 4. l. cum proponas 17. & l. ut responsum 15. l. si de re 31. ibi, pacto*

transf-

transactionis, Cod. eod. tit. (c) *l. cum mota 6. l. si profundo 33. Cod. hoc tit.* Vide late Hun. *in tract. de transact. cap. 1. exercitat. 2. & 3.*

Cæterum in transactione spectamus tum personas, quæ possunt 3
transigere, item res, de quibus transactio fieri potest, & modum transigendi; tum vim & effectum transactionis factæ.

Transigere possunt omnes, qui & consentire, (a) licet corpore 4
ægrotent: (b) Et non modò domini ipsi, sed & tutores, & curatores, (c) item civitatum administratores, & Syndici, (d) tum etiam Ecclesiarum præpositi, (e) modò hi omnes utilitati ejus, cujus nomine transigunt, consulant. (f)

a) *Iul. Paul. lib. 1. sentent. tit. 1. l. transigere 18. C. h. t.* (b) *l. non minorem 20. & l. fanum 27. C. de transact.* (c) *l. Lucius 46. §. ult. ff de administrat. & pericul. tutor & l. pactum curatoris 22. Cod de pactis.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 72. num. 1. & seqq.* (d) *l. Præses 12.* ubi post alios etiam Donell. *Cod. hoc tit.* Andr. Gail. *dict. observ. 72. num. 11. & seqq.* (e) *c. contingit. extra. de transact.* Petrus Costal. *ad l. item magistri 14. ff. de pactis.* (f) *d. l. Lucius 46 §. ult. ff de administrat. & pericul. tutor. d. l. Præses 12. Cod. h. tit. cap. 2. extra de donat.* Hackelman. *illustr. quæstion. disputat. 22. thes. 14.*

Procurator verò omnium bonorum, nisi libera administratio ei 5
concessa sit, transigere non potest.

c. Qui ad agendum, tit. de procuratorib. in 6. c. per tuas literas, in pr. extr. de arbitr. l. Mandato generali 60. ff. de procuratoribus, Cujac. *in l. rescriptum, §. ult. ff. de pactis*, Vaud. *lib. 1. quæst. 47.* Hackelman. *dict. thesi 14.* add. Hunn. *de transact. cap. 2. exercit. 1. & 2.*

Nulli quoque procuratorum Principis, inconsulto Principe transi- 6
gere licet.

l. Nulli 13. ff. hoc tit.

Transigi autem potest de rebus tantum dubiis propter litis timo- 7
rem, & litibus nondum finitis: non autem de certis, & rei judicatæ authoritate finitis.

l. 1 ff. h. tit. l. 2. ubi Bart. *l. de fideicommisso, 11. l. si causa cognita 32. C. eod. tit. l. Eleganter. 23. §. 1. ff de condict. indeb. Paul. libr. 1. sententiar. tit. 1.* De rebus certis & judicatis transactio fieri non potest. Est enim præsumptio contra adversarium, quod calumniosè egerit, & petierit ad vexandam partem contrariam, & inducendam eam ad compositionem & transactionem metu litis, Cravet, post alios *consil. 152. num 10.* vid. Everhard. Bronchost. *cent 1. controv. miscell. assert. 20* Sitamen novæ litis timor subsit, potest transactio fieri, etiam post rem judicatam, Mynsing. *cent. 4. observ. 47. num. 8. & 9.* Zas. *in Paratitl. h. t. num. 5. 6. 7.* Paris. *con-*

Digitized by Google

fil. 10. num. 97. vol. 1. Wesenbec. *in Paratitl. ff. h. t. num. 5. per l. 2. C. de transact.* Nam aliqua saltem inter partes contentio de re quadam transactionem admittit, *l. in summa 6. in princ. & §. 1. ff de condict. indebit.* Hinc transactio super molestatione facti extra judicium inita valet, Bart. *in l. 2. C. de transact. & in l. 1. C. eod. tit.* sufficit controversiam esse de facto, licet non de jure, Alex. *consil. 41. num 69. & consil. 217. nu. 5. vol. 6.* Paris. *cons. 10. n. 10. vol. 1. & consil. 3. n. 24. & 25. vol. 4.*

8 Quod si igitur transigatur post latam sententiam parte victrice ignorante sententiam se obtinuisse, parte verò victa id sciente, transactio non valet, & ad instantiam victoris proceditur ad executionem sententiæ absque ulla restitutione (*a*) cum appellatio non est interposita, vel provocari amplius non potest. ((*b*)

a] *Dict. l. si causa cognita 32. C. h. t.* Mynsi. *cent. 4. obs. 47.* [b] *l. Et post 7. in pr. ff. h. t. l. eleganter 23. ff. de condict. indeb. l. si causa 32. C. h. tit.* vide Matth. Wesenb. *cons. 70.*

9 Si tamen post rem judicatam negetur judicatum esse vel ignorari possit, an judicatum sit, vel incertum adhuc fuerit, an sententia valeat, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest.

l. Post rem judicatam, ff. de transact. d. l. eleganter 23. §. 1. vers. quid ergo, ff de condict. indeb. vide Compilatorem *Decision. Camera Imp. in verb. Transactio.*

10 Transactio item Vasalli de feudo sine fraude, etiam ignorante domino facta, valet.

Tit. 26 si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. Vasalli, §. si Vasallus de beneficio, & t. 43. de controversia inter Vasallum & alium de beneficio, lib. 2. feudor. Zas. *in Epit. feudor. part. 9. nu. 19. & seq.* Sonsbeck. *in Commentar. in usus feudor. part. 12. num 69.* Ioh. Borcholt. *in Comment. in consuetud feudor. c. 8. num. 44.* Franc. Curt. *in tract. feud. part. 4. q. 7.* Iul. Clar. *lib. 4. sententiar. § feudum, quæst. 39.* Decian *cons. 28. n. 9. vol. 3.* Transactio aut decidendi, aut alienandi fit causa. Illam sine Domini consensu rectè fieri sentiunt, hanc verò non item. Iul. Clar. *post alios in d. §. Feudum, quæst. 38.* At dici potest, quod etiam alienandi causa rectè fiat transactio de feudo per Vasallum ad hoc, ut valeat transactio, quo ad ipsummet Vasallum, non etiam in præjudicium Domini. vide Rudinger. *lib. 1. quæst. feudal. q. 8.*

11 Sed an patet de adventitiis bonis filiifam. transigere possit, in dubium vocatur? Nos id ei in præjudicium filii non consentientis, haud licere arbitramur.

Per l. de re filiorum. 10. ff. h. t. d. l. Præses 12. C. h. t. & l. Lucius. 46. §. ultim. ff. de administrat. tutor. & cap. 2. extr. de donat. facit, quod patet

in

inagendo de adventitiis consensum filii habere debet, *l. ultim. §. ubi autem in unum C. de bonis quæ liberis*, atque ita sentit Cujac. *ad d. l. de re filiorum 10. ff. hoc tit.* vide Arium. Pinel. *ad l. 1. C. de bonis matern. part. 3. numer. 44.* Eximium IC. Dn. Christoph. Besold. *in part. 1. delibat. jur. lib. 21. ff. q. 20.*

De his quoque controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, favore ultimæ voluntatis, transigi aliter non potest, quam inspectis per oculos intellectus, cognitisque verbis testamenti. 12

l. De his 6. ff. h. t. l. 1. §. 1. ff. Testam. quemad. aper. facit l. ultim. C. de reb. cred. rationem exponit. Donell. *ad rubr. C. de transact. c. ult. n. 3.* Dissentit apertè Francisc. Balduin. *in Iustiniano pag. 346. per l. Lucius 78. § ult. in fin. ff. ad Senatusconsultum Trebell.* Item Cujac. *ad l. 1. in fin. h. t.* At *l. Lucius § ult.* intelligi potest de aliis instrumentis, quam testamento, vel Codicillis *per allegat. leg. l. 3. §. 1. ff. de transaction.* secundum Pacium adde Hunn. *de transact. c. 3. exercitat. 16.*

Similiter de alimentis futuris, ultima aliqua voluntate relictis, nisi alimentarii causa inde melior fiat, sine magistratus authoritate, & causæ cognitione favore testatoris, & voluntatis ipsius transigi non potest. [*a*] Et transactio de alimentis non extenditur ad habitationem, & vestiarium. [*b*] 13

a] *l Cum hi 8.* ubi Cujac. *ff. h. t. l. alimentis 8.* ubi Donell. *& alii. C. eodem tit.* vide Ioh. Robert. *Aurel. lib. 4. sentent. c. 19.* Sed quæritur an pacto gratuito fieri possit transactio de alimentis? Id quod negandum est. *per textum in l. 8. § si prætor. 17. ibi donanda. ff. h. t.* At dissentiunt Conan. *lib 5. c. 7. num ultim. in fin.* Donell. *in l. 8. num. 8. & seqq. ff. h. t.* [b] *d. l. 8. §. Qui transigit. ff. h. t.*

De conjugio item, ad dissolvendum illud, transactio licita non est: [*a*] ut nec de beneficio Ecclesiastico, eò, quod simoniæ speciem continet. [*b*] 14

a] *c. Vlt. ubi Dd extr. de transactionib.*]b] *c. constitutus, &c. Præterea, quando, &c. seq. extr. d. t.*

Transigere autem de crimine capitali, quod sanguinis pœnam ingerit (excepto adulterio) prohibitum non est. 15

l Transigere 18. ubi vide Donell. *C. h. t. & l. 1. ff. de bonis eorum, qui sibi mort. consciver.* & Cujac. *lib. 6. obsérv. c. 11. & lib. 20. cap. 18.* Exceptionis hujus hæc ratio esse videtur, quod transactio de adulterio ex parte accusatoris lenocinium quoddam, & summam turpitudinem arguit: ut & turpitudinem ex parte mulieris; Cum honestius sit mori, quam de violata castitate transigere. Est post transactionem suspicio criminis maneat. latè Hunn. *de transaction cap. 3. quæstion. 6.* Dn. D. Besold. *in*

de lib. ff. part. 1 ad lib. 2 ff. quæst. 23. De crimine læsæ Majestatis transactionem non esse licitam sentiunt varii, quibus contradicit. Dn. Hunn. *in tr. de pact. c. 3. exercit. 11. pag. 222.*

16 De aliis verò criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt; non licet transigere: [a] proindeque de stupro facta transactio nulla est. [b]

a] *Dict. l. transigere 18. C. h. t.* Ratio hujus juris est, quod transactionibus privatorum jus publicum minui non potest, Giphan. *per l. 5. ff. de pact. dotalib.* [b] Stuprum enim capitale crimen non est, §. *Item lex Iulia, Institut. de public. Iudic.* idem dicunt de raptu, *per l. 1. §. ultim. C. de raptu virg.* Accedit, quod in raptu stuprum inest. Quod attinet incestum, si ille sit cum adulterio conjunctus, non licet de eo transigere; si non, licet; Giphan. *ad l. transigere C. h. t.*

17 De crimine tamen falsi licita est transactio.

Dict. l. transigere 18. ibi, c tra falsi accusationem, & l. pen. C. h. t. l. 2. C. de his quibus ut indign. l. ipse significa 7. C. ad leg. Cornel. de falsis, Cujac. *lib. 6. observat. cap. 11. & lib. 19. cap. 39.* Ioh. Borcholt. *de transact. cap. 3. num. 93. & seq.* qui uterque voculam CITRA, *in d. l. transigere, C. h. t.* rectè accipit pro PRÆTER, & ita eam quandoque accipi probat *ex l. ult. ff. de calumniatoribus.* Idem ego etiam probo *ex l. unica §. accedit; vers. Extraneum autem C. de rei uxor. act.* Sed vide Alciat. *lib. 5. paradoxor. cap. 9.* item Hotom. *lib. quæst. 23.* Donell. *in d. l. transigere C. hoc tit.* At *lib. 16. Comment. cap. 6. pag. 615.* affirmant, quod de falso transigere liceat. *per l. pen. C. h. t.* Vide quoque Everh. Bronchorst. *cent. 1. miscell. cont. 2. assert. 19.*

18 Quod attinet modum transigendi, perficitur transactio vel pacto, vel acceptilatione, [a] aliquo, ei, qui litem dubiam remittit, dato vel relicto, vel promisso. [b]

a] *l. 2. l. 4 ff. hoc titul. l. 3. l. 4. l. ut responsum 15. l. si de re 31. C. eod.* [b] *l. transactio nullo dato 38. C. hoc tit. l. 3. C. de repudianda vel abstinenda hereditate.*

19 Quandoque etiam transactioni stipulatio pœnalis subjici solet, ut si promissa non impleantur, is, qui fidem non servat, certam pœnam solvat.

l. Promissis 37. C. h. t. l. pacto 15. & l. seq. ff. eod. tit. Non potest tamen simul & pœna peti, & commodum transactionis percipi, l. ubi pactum 40. C. h. t. & l. rescriptum 10 §. 1. ubi Cujac. *ff. de pact.*

20 Pertinet & illud ad modum transigendi, quod vel generali transactione lis finitur, veluti si transigatur de hereditate, de tutela, de negociorum administratione: vel quod transactione speciali, puta de certis quibusdam rebus, lis deciditur.

l. Sub

l. Sub. prætextu specierum 29. ubi Donell. *C. h. t.*

Restat ut dispiciamus de vi & effectu transactionis: est autem 21
transactionis effectus litem decidere sive finire: [a] quod fit vel ipso jure; vel ope exceptionis. Ipso jure finit litem, & reum ab ea plenè liberat, si acceptilatione facta probetur: [b] Ope verò exceptionis finit transactio litem, si pacto facta doceatur. [b]

a) *l. 1 ff. Hoc tit. l. transactionis 7. l. cum proponas 17. ibi, transactione decisam, l. sub prætextu 19. ibi, decisionem litis, C. h. t. l. 2. ff. de jurejurand.* (b) *l. 3. 4. 5. l. ut responsum 15. Cod. h. t. §. item per acceptilationem, Instit. quib. mod. tollat. oblig.* (c) *l. si super. 9. l. cum. proponas 17. l. siquidem 24. l. si major. 36. C. h. t.*

Et in tantum transactio, acceptilatione facta, litem finit, ut ea ne 22
quidem Imperiali rescripto; (a) neque sub prætextu instrumenti post reperti (b) resuscitari possit: neque refert, statim facti pœniteat partem alteram, (c) aut transactio tempore noctis interfuisse proponatur. (d) Neque etiam, obtentu majoris debiti, & emolumenti propter incertum eventum rescindi transactio potest. (e)

a) *l. Causas 16.* ubi Donell. *C. h. tit.* (b) *l. sub prætextu instrumenti. 19.* ubi vide Donell. *C. eod. & l. Lucius 78. § ult. ff ad Senatusconsultum Trebell.* Nisi publicum sit negotium *l. Imperatores 35. ff. de re jud.* Ubi quod de re judicata dicitur, etiam ad transactionem porrigendum, *per l. non minorem 20. C. h. tit.* Beneficio quoque ætatis minoris rescindi potest transactio instrumentis postea repertis, *tot. tit. C. si adverf. transact.* Idem est in republica & Ecclesia, Donell. *ad l. sub prætextu 19. num. 4. 19. numer. 4. Cod. hoc tit.* (c) *l. quamvis eum 39. Cod. eod.* Donell. *ad l. si major. 22. Cod hoc tit.* (d) *l. non minorem 20. Cod. eod. tit.* (e) *arg. l. si ea lege 17. C. de usur.*

Et si generali transactione lis decisa sit, quamvis post quædam spe- 23
cies repertæ dicantur, tamen prætextu earum rescindi transactionem jura prohibent.

l. Sub prætextu specierum 29. C. h. t.

Neque illud quicquam relevat, quod transactio in instrumentum 24
redacta, (a) vel apud acta interpolita non est. (b)

a) *l. Cum te 5. C. h. t* (b) *l. sive apud acta 28. C. eod. tit.* An autem transactio prætextu instrumenti non validi, non valeat? examinat Quetta *consil. 56.*

Quod si jurisjurandi religione firmata sit transactio, & major fuerit, 25
qui contra fidem placiti venire nititur, non solum notatur infamia, sed & actione privatus, restituta pœna quæ conventionibus probatur inserta, & rerum proprietate & emolumento, quod ex illa transactione fuerit consecutus carere jubetur. *l. Si*

Digitized by Google

l. Si quis 41. ubi Donell. *& alii Cod hoc tit.* quæ lex, licet loquatur de transactione jurata; intelligi tamen etiam debet de quavis alia promissione, de servanda conventorum fide, ut ostendit Matthias Colerus *in tract de processib executivis, part. 1. cap. 10. num. 246. & seqq.* vide Fachinæ, *libr. 1. controversiar. cap. 12.* vide Peregrin. *in consil.* ubi agit de promissione facta sub fide data loco juramenti.

26 Ex falsis tamen instrumentis inita transactio, quamvis jusjurandum de his interpositum fuerit, etiam civiliter falsò revelato, retractatur: (*a*) ut & si quis dolo, metuvé aliquis inductus sit ad transigendum, (*b*) vel ex errore circa proprietatem rei tempore decisionis, apud tertium aliquem constitutæ, transactum fuerit. (*c*)

a) *l. Si ex falsis 42.* ubi Dd. C. *hoc tit.* (b) *l. Interpositas 13. & l. sub pretextu instrumenti. 19. C. eod. tit. l. 1. §. ult. ff. ad Senatusconsultum Trebell. l. in summa. Cod. de condict. indebit.* Wesenbec. *consil. 52. num. 65. & seqq.* Mynsing. *cent. 4. observat. 37.* Andr. Gail. *lib. 2 observ. 65. & observat. 70. num. 12.* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. cent. 1. casu 15. num. 6.* (c) *d. l. sub pretextu specierum. 29. Cod. h. t.* Sed transactio errore facta ipso jure nulla videtur, *l. cum putarem. 36. in fin. ff. famil. erciscund.* Nisi dixeris, eo loco transacti verbum significare divisionem, sine judice factam.

27 Vt alia conventio sic & transactio rescindi non potest, si res amplius integra non sit, ut si bona vel omnia, vel pars eorum sit alienata.

Cravet. *consil. 151. num. 29. per l quod si minor.* §. Scævola, *ff. de minoribus.*

28 Sed quæritur an beneficio l. 2. C. de rescind. vendit. retractari transactio possit? Negativa nobis probabilior videtur. (*a*) Nisi læsio fuerit enormissima. (*b*)

a) *l. Lucius Titius. 78. §. ult.* ubi gloss. *ff. ad Senatusconsultum Trebell. l. in summa 65. in princ. & §. 1. ff. de condict. indeb. l. si superstite. 5. C. de dolo, l. sub pretextu, & l. si profundo 33. C. de transactionib.* Donell. *ad d. l. 2. numer. 22. Cod de rescind. vendit.* Andr. Gail. *libr. 2. observ. 70.* Francisc. Vivius *lib. 2 commun. opin. opinione 319.* Oldendorp *classi. 4. act. 1. sub capite de singularibus quibusdam circa emptionis contractum, num 17. pag. 50.* Dn. D. Besold. *in delibat. ff. part. 1. libr. 2. quæst. 21. fol. 238.* Attamen Berlich. *part. 2. conclus. 42. num 6. putat*, restitutionem, hanc non est *d. l. 2. sed ex d. l si superstite 5. C. de dolo dari.* sed per illos vide rationes pro & contra: Tribuit tamen das Fürstl. Württemb. Landrecht/ *part. 2. tit. 22. §. fin.* læso ex transactione ut adversus lædentem agat aut ad transactionis rescissionem, aut ad residui precii supplementum si ultra dimidium læsum se probet. Idque multis probat Dn. Plebst. *in disputat. ad Ius Württemb. part. 2. thes. 227.* Köppen. *decision. 58.* Heig. *part. 2. quæst. 9. numer. 12.*

Schepliz.

Schepliz. *in prompt. jur. tit. 14. §. 16. fol 354.* Quibus novissimè accedit Excellentiss. Besold. *in sua dissert. 2. ad Stat Wurt. thes 141.* (b) Mynsing. *cent. 1. observat. 33.* Ar. Pinel. *ad dict. l. 2. C. de rescind. vendit. part. 1. cap. 4. num. 12. & seqq. & maximè num. 23.* Cravett. *consil. 151. num. 26. & seq* Confert huc quod enormissima læsio ne quidem juramento firmari potest, Menoch. *consil. 1. num. 362.* Quodque enormissimæ læsioni nec quibuslibet clausulis renunciari videtur, Menoch. *d. consil. 1. numer. 359.* At Fachinæ. *lib. 2. controverf. jur. cap. 26.* existimat rescindi posse transactionem, si quis ultra dimidium sit læsus.

Ad eas res, de quibus cogitatum non est, transactio porrigi non 29
debet (*a*) Neque ad alias personas, quam quæ transigerunt. (*b*)

a) *l. Cum aquilsana. 5. l. qui cum tutoribus 9. §. 1. & l. non est ferendus 12. ff. hoc tit.* (b) *l. si unus 27. §. Pacta, verf. Ante omnia, ff. de pactis l. transactione 26. C. hoc tit.*

Omittendum non est hoc loco, quod is, qui transactionem vel 30
alium contractum in uno approbat, eundem alia in parte reprobare non potest.

l. Caius, ff de manumiss. l. Iulianus, §. si quis ff de actionibus. empt. vendit. l. Pomponius scribit, ff. de negotiis gestis Bald. *in l. observare, §. post hæc, ff. de inoffic. testament.* Ludovic. Roman. *consil 396. incip. in casu, num. 3.* Tiraquell. *de retract. convens. §. 7. in fin. num. 12. & 13.* Wesenbec. *consil. 51. num. 26.*

Est & hic transactionis effectus, quod is, qui litem remisit, experi- 31
ri potest adversus eum, cui litem remisit, ut is det, vel faciat, quod transactionis nomine promisit: & quidem actione ex stipulatu, si stipulatione quid promissum sit, vel præscriptis verbis actione, si quid absque stipulatione sit promissum.

l. Cum mota 6. & l. si profundo 33. C. h. t.

Quod si pacto transactum sit, & vetus actio moveatur adversus 32
reum, eò quod non implet promissa, is autem transactionis exceptionem opponat, replicatio in factum, vel doli actori competit.

l. Sive apud 28. C. h. t.

CLAS. II. DISPUTAT. XXI.

DE ARBITRIO ALIENO, IN quod contrahentes aliquid definiendum rejecerunt.

THESIS I.

1 CVM in omni ferè contractu in arbitrium tertii cujuſdam ipſi contrahentes aliquid definiendum rejicere ſæpe ſolent: (a) paucis de ejuſmodi arbitratu hîc generaliter agere juvat.

a) Vt in emptione, venditione, *l. ult. Cod de contrahend. empt. & vendit.* § *ſed & certum*, 1. *Inſtit. d. t.* Item locatione, conductione, §. *Et quæſcripta*, *Inſtit de locat. & conduct. l. ſi merces*, 25. & *l. ſi in lege*, *ff. locati.* Tum etiam ſocietate, *l. ſi coita. 75. ff profocio*, & ſtipulatione, *l. cum poſt divortium. 69.* §. *Gener*; *ff. de jure dot. & l. 3. ff de dotis promiſſ.*

2 Si inter venditorem & emptorem convenerit, ut quanti Titius rem æſtimaverit, tanti ſit empta; & Titius vel noluerit, vel non potuerit precium definire, tunc venditio pro nihilo eſt.

Dict. §. *ſed & certum. 1, Inſtit. de empt. vendit. & dict. l. ult. C. de contrahend. empt. & vendit.*

3 Eſt quoque pro nihilo locatio, ſi Titius, cujus arbitrio mercedis definitio permiſſa fuit, vel nolit, vel non poſſit definire mercedem.

Dict. §. *& quæſupra*, 1. *Inſtit. de locat. & conduct. & d. l ſi merces. 25. ff. locati.* Vide me *ad l. contractus 23. ff. d. regul. jur. cap. 4. num. 9.*

4 Si quoque coita ſit ſocietas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit; & Titius, antequam arbitretur, deceſſerit, nihil agitur.

Dict. l. ſi coita ſit. 75. ff. profocio.

5 Quod ſi aliquis ſtipulatori quid promittat arbitrio alterius, veluti; ſi Mævius arbitratu Lucii Titii promittat Sejo fundum Tuſculanum reſtitui, à Perſona Lucii Titii non eſt recedendum.

l. Si quis arbitratu. 43. ff de verb. obligat.

6 Vnde ſi Lucius Titius omnino non arbitretur, nihil valet ſtipulatio; adeò, ut & ſi pœna adjecta ſit, ne ipſa quidem committatur.

l. Et ideo. 44 ff. de verb. oblig.

Quem-

Quemadmodum autem promissor non tenetur stipulatori, si ter- 7
tius ille, qui nominatus est, nolit, aut non possit arbitrari; ita nec tenetur, si ipse stipulator moram fecerit, quo minus extraneus ille arbitretur.

Dict. l. si quis arbitratu. 43. ubi vide Donell. & alios, *ff. de verbor. obligat.*

Teneturtamen promissor, si ipsemet fecerit, quo minus extraneus 8
ille arbitretur.

Dict. l. si quis. 43. ibi, promissor quasi moram fecerit. junct. l. in executione, 85. § fin. ff. d. t. & l. in jure. 161. ff. de reg. jur.

Cum autem in arbitrium promissoris res collata est, in boni viri ar- 9
bitrium collata intelligitur.

l. Hac venditio 7. ff. de contrahend. empt. & vendit. d. l. cum post divortium 69. §. Gener, ff. de jure dot. & d. 3. ff. de dotis promiss.

Quod si tertius ille, in cujus arbitrium res collata est, arbitratus sit, 10
standum est ejus arbitrio, nisi iniquum fuerit. Tunc enim ad boni viri arbitrium res redigenda est, etiamsi stricti juris sit negotium.

l. In proposita 78. & l. seq. ff. profecto, l. libertus 20 ff. de operis libertor. Donell. *ad d l si quis arbitratu 43. num. 16. ff. de verb. obligat.*

Si legatis arbitrium alienum fuerit adscriptum, cum pro boni viri 11
arbitrio tantum accipiatur, vim conditionis nullam habet, legatumque debetur, cujusvis boni viri arbitratu, etiamsi ille arbitratus non fuerit.

l. 1 §. 1. ff. de legat. 2. l. si filia patet. 13. ff. de legat. 3. l. ult. §. 1. ff. commun. de legat. l. in testamento, 27. in fin. ff. de fideicommiss. libertat. Donell. *ad. l. 43 num 5 ff. de verb. oblig.* Gœdd. *de contrah. stipulat. cap. 8. n. 170.*

Etsi vero in tertii cujusdam arbitrium contrahentes quid conferre 12
possint, ut & testator: promissoris tamen arbitrio nihil committi potest, (*a*) ut nec heredis arbitrio. (*b*)

a) *l. Stipulatio 17.* ubi Alciat. Zas. Donell. Cujac. *& l. à Titio, 108. in fin.* ubi Iason. *ff. de verbor. obligat. l. sub hac. 8. ff. de obligat. & actionib. l. 13. C de contrahend emption.* Rationes vide apud Gœddæ. *in comment. de contrahend. & commit. stipulat. cap. 4. conclus. 5. num. 107.* (b) *l. fenestus 43. §. legatum, ff. de legat. 1.* Vide *infr. clas. 3. dispunt. 8. thes. 46.*

In arbitrium verò stipulatoris, quid conferri potest: (*a*) ut & in 13
legatarii arbitrium. (*b*)

a) Alciat. & communiter Dd. *in dict. l. stipulatio 17. & in dict. l. à Titio 108. §. fin. ff. de verbor obligat.* Ioban. Gœddæ. *dict. cap. 4. num. 104.* (b) *l. si ita legatam 65. §. illi si volet. ff. de legat. 1.* facit *§. si generaliter. 22. Instit. de legat.*

Lubet hic apponere Disputationem de Evictionib. quam authore Dn. D. Bocero p. m. Anno 1619. publicè defendit vir Clarissimus Dn. Johan. Christophorus Walchius, J. U. D. & Supremi Dicasterii nunc Advocatus, &c. amicus meus ac affinis honorandus.

ANTELOQVIVM AMPLISSIMI Dn. PRÆSIDIS.

Hoc de Evictionibus *argumentum juris, usu frequens est, & utile admodum, verum difficile & obscurum; non alia tamen ex causâ, quàm quod in ejus tractatione juris Interpretes diligenter, & accuratè illud rimari ex LL. monumentis neglexisse videntur. Quod verò studium, quæve cura nostra in eo illustrando fuerit, sequentia enunciata, diligenter ea consideranti, facilè & explicatè judicabunt.*

Propositio I.

EVictio est ablatio, (a) vel retentio (b) speciei, (c) de quâ in vindicationis (d) lite controversia fuit, victori per sententiam (e) adjudicatæ.

a) Evincere enim non est, vincere & superare tantum in judicio emptorem, sed etiam rem vel possessionem abducere, aut retinere. *l. evicta. 16. §. 1. ibi, cum res restituta est petitori. l. vindicantem 17. in fin. ibi, re ablata. l. si prote. 22. §. 1. ibi, absoluisset. l. habere. 57. in pr. ibi, ante ablatam, vel abductam & §. 1. ibi, antequam abduceret, vel auferret. l. Herennium 63.*

nim. 63 §. 1. ibi, fundus ablatus. ff. de Evict. l. 3. C. eod. Hinc Cujac. *ibidem in* Parat. definiendo Evictionem, loco generis, aut, efficax & plena victoria. *(b)* Interdum fit Evictio, per quam non aufertur vel abducitur res, sed retinetur ab eo, contra quem vindicatione egit emptor. *d l. evictâ re. 16. §. 1. l. si mancipium. 34. §. 1. & l. si cum venditor. 66. in pr.* ubi Cujac. *ff. h. t.* idem Cujac. *in Parat. C. eod h. t. ibi sed etsi agente emptore in rem adversus Possessorem judex possessorem absolvat*, Item ibi, *Victoria ejus, qui agit adversus emptorem, vel cum quo agit emptor* Non ergò perfectè definiunt Evictionem, qui generis loco ûtuntur solâ voce ablatio. Caspar. Caball. *tract. de Evict. §. 1. num. 1.* generis loco in Evictionis definitione utitur utraque hac dictione, Abductio, vel Amissio Et certè aliud est abducere sive auferre, aliud item amittere. Quod abducitur & aufertur, illud quoque amitti dicitur. *l. nec utilem. 20. ibi, neque intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.* ubi Cujac. *ff. ex quibus caus. major.* Sed Evictio non est ipsa amissio. Evincit emptori, qui ab ipso rem emptam vindicat, & vindicando aufert: sed emptor eandem rem amittit, unde Evictio est causa; effectus ejus est amissio. Non ergò commodum genus Evictionis constituntur in dictione amissio, licet cum illâ conjungatur voxabductio. *(c)* Non quælibet res evincitur, sed tantum species, non genus: Evincitur quoque persona etiam liberi hominis. *l. hominis liberi. 19. §. 1. & l. minor. 39. §. pater. ff. h. t. n.* Evincitur item non solum adquisita res, sive species, sed etiam adquirenda. *l. si servum 33. l. si quod. 61. ff. eod. tit.* (d) *l. servum. 49. vers. de jure Evictionis. ibi, vindicationem ei concedendam ff. mandat. l. ult. ibi, dominum vindicare. C. h. t. n. l. vindicantem. 17. ff. eod. tit. l. si profundo. 33 ibi, abs te vindicavit.* ubi Alex. Donell. & alii. C. *de transact.* Cujac. *tract. de Afric. 6. in explic. l. fundum, 46. ff. h. t. n. pag. mihi 276.* (e) *l. utique autem 6. in pr. ibi, necessaria est sententia propter stipulationem de Evictione. ff. de R. V. l. si cum quæstio. 17. ibi, nec citra judicis disceptationem. C. h. t. n. junct. l. si pro re. 22. §. 1. ibi, per judicium & l. non tantum. 24. ibi, in judicio eum evictum. ff. h. t. n.*

Non est ergò Evictio, si emptus servus moriatur, *(f)* vel manumittatur ab emptore: *(g)* sicuti anomala quædam Evictio est, si prædium emptum ex præcepto principali distrahatur, aut veteranis in præmia adsignetur. *(h)*

(f) l. Si servus. 21. in pr. ff. h. t. (g) *l. si servum 25. ff. eod.* (h) *l. Lucius. 11. in princ.* ubi Bartol *ff. h. t. n.* Principis enim extrajudicialis sententia tantum hîc operatur, quantum sententia judicis, cum vim legis habeat. *§. sed & quod princip. Institut. de Jure Natural. Gentium & Civil.*

3 In Evictione autem spectatur tùm ipsa evictio per se, in ejus divisione, & personis, quæ Evincere possunt, vel non; in rebus item quæ Evictioni subjectæ sunt, vel non sunt subjectæ; & genere judicii, quo fit Evictio; tùm etiam cautio, quæ Evictionis nomine jure inventa est.

Quod aliud sit Evictio, aliud Cautio, Evictionis nomine præstita, arguit abundè *Rubr. ff. de Evict. & dupl. stipul.* tum etiam leges *propos. 48.* adscriptæ. Cautio emptori à venditore præstatur; Evictio fit à quodam tertio. Hæc nocet tum emptori, tùm venditori; Illa emptori prodest. Hæc est subjectum illius, Illa adjunctum hujus occupatum. Versatur enim Cautio illa circa Evictionem, ut sensus circa sensibile. Toto igitur genere differunt Evictio & Cautio illa. Proindè hæc duo malè confunduntur, & quod uni proprium, alii tribuitur; màximè quando Evictio dividitur in tacitam, expressam, cautionalem, & abusivam sive impropriam.

4 Divisio Evictionis vel specialis est, vel accidentalis.

5 Specialis distributio Evictionis est, quâ Evictio alia est ablativa, alia retentiva.

Pex text. *ad propos. 1. sub lit. a. & b. citatos.* Paul. Christinæ. *vol. 4. decis Belg. 183.*

6 Evictio ablativa est, quâ res per sententiam, & ejus executionem aufertur, & abducitur litigatori victo.

Ut patet *ex loc. ad propos. 1. sub lit. a. adductis.*

7 Evictio retentiva est, cum is, qui rem ab alio sibi comparavit, contra ejus possessorem vindicatione experitur, sed possessor ille, ab actione absolutus, retinet rem, de quâ lis fuit.

De hac Evictionis specie *textus citati sunt ad propos. 1. sub lit. b.*

8 Accidentalis distributio Evictionis est, qua diducitur Evictio in eam, cujus nomine adversus auctorem suum de indemnitate victus agere potest; & eam Evictionem, ob quam victus efficaciter non potest contra auctorem suum actione experiri.

9 Prioris generis Evictio est, quæ fit in judicio per judicis sententiam, in alienâ re, oneroso titulo comparatâ; cujusmodi est res aliena ignoranti emptori vendita, (*a*) permutata, (*b*) in dotem certâ specie promissa & data, (*c*) res item ex communium rerum divisione à coheredibus, sive sociis, vel judice facta, coheredibus, sive sociis, vel judice facta, coheredi vel socio tradita, (*d*) res in solutum accepta, (*e*) in feudum ignoranti Vasallo concessa, (*f*) concessa ignoranti in Emphyteusin, (*g*) ut & res ex transactione accepta, (*h*) tradita pro litis æstimatione, (*i*) ex locatione-conductione, &c. (*k*)

a) *l. Si*

a) *l. Si in venditione. 60. ff. h. t. u. l. non dubitatur. 6. C. eod.* (b) *l. 1. C. de rer. permut.* confert, quod permutatio similis est emptioni venditioni, §. *item pretium. I. de Empt. & vend.* (c) Hoc enim casu obligatus fuit promissor ad tradendum. *l. 1. C. de jur. dot. junct. l. 1. & l. 3. C. de dot. promiss.* Facit huc, quod dos datur ob causam onerosam. *l. dotis. 7. in princ. l. quamvis. 75. in fin. & l. seq. ff. de jur. dot. l. oneribus. 20. C. d. tit.* (d) *l. si cum venditor. 66. in fin. h. tit. l. heredes. §. item 21. ff. fam. ercisc. l. si familiæ. 14. C. d. t. l. si fratres. 7. C. comm. utriusque judic.* Confert, quod divisio rerum vicem emptionis venditionis obtinet. *l. 2. & l. 3. C. de rer. permut.* (e) *l. 4. C. h. t. l. si quis. 46. in pr. & §. 1. ff. de solut. l. libera. 8. C. de sentent. & interlocut. omn. judic.* Accedit, quod in solutum datio pro emptione & venditione est. *l. eleganter. 24. in pr. ff de pign. act.* (f) *t. 3. de invest. de re alien. fact. in princ. & Tit. 25. si de feud. Vasall. ab aliq. interpell. lib. 2. F.* Harum. Pistor. *quæst. 10 num. 1. & seqq. lib. 2.* Henric. à Rosenth *tract feud cap. 8. concl. 29. num. 1. & 7. cap. 9. membr. 1. concl. 63. num. 1.* Atque hæc sententia procedit, licet Dominus feudum concedens à promissione inceperit. Rosenth. *d. cap. 8. concl. 29. num. 2. 3. & 4.* licet item quis investitus sit de feudo, quod adhuc Vasallus prior possidet, sed eo sine filiis mortuo, evincitur ab agnato quodam, *per text. generales supr. ad lit. f adductos.* Et sentiunt ita, quos sequitur Rosenth. *dict. cap. 29 num. 8 ubi num. 9* extendit hoc etiam ad subinfeudatum Vasallum, & quidem rectè *per textus generales ad lit. f. adscriptos.* (g) Tum quia contractus Emphyteuticus est similis emptioni-venditioni, itemq; locationi, conductioni. §. *Adeò autem. I de locat & conduct.* In utroque autem hoc contractu locus est actioni Evictionis nomine. De Emptione-venditione textus adscripti sunt *ad lit. C.* De locatione-conductione est textus *in l. si quis domum. 9 in princ. ff. locat.* Tum etiam quia à feudo ad Emphyteusin rectè argumentum ducitur, Everhard. *in topic. legal. in loc. à feud ad Emph.* Accedit huc auctoritas eorum, quos memorat & sequitur Caballin. *tract. de Evict. §. 4. num. 55.* Iohan. Petrus Surdus *consil. 359. num. 29.* Sichard. *ad rubr. C. tit. eod.* Valasc. *tract. de jur. Emphyt. quæst. 39. num. 32.* (h) *l. si profundo. 33.* ubi Alexander Donell & alii, *C. de transact.* Fürstl. Würtemb. New Landtrecht / *part. 2. tit. 22. §.* Bund da / *vers.* Wann aber einer / (i) Qui enim pro litis æstimatione quandam accipit speciem, similis est emptori. *l. 3.* ubi gloss. Br. & alii. *ff. pro empt. l. si propter res. 22. in princ. vers. qui litis æstimationem, C. de act. rer. amot.* (k) *d. l. si quis domum. 9. in princ. ff. locat.*

Posterioris generis Evictio est, quæ sit in re, ex transactione retenta, (a) ut & in re empta per arbitri sententiam amissa: (b) tum etiam in re donata (c) nisi stipulanti sit promissa Evictio. (d) 10

a) Per

a) *Per text. ad propos. 9 sub. lit. h. tit. 105.* adde Hartman. Pistor. *observat. 227.* Treutler. *vol. 1. consil. 66.* (b) *l. si dictum fuerit. 56. §. 1. ff hoc tit.* (c) *l. Aristo. 18. §. ult. de donat.* Cœpen. *lib. 1. observ. 102.* (d) *l. 2. C. hoc tit. n.*

11 Quid verò si donatio à promissione inceperit nunquid re donatâ evictâ, donatarius Evictionis nomine adversus donatorem condictione ex lege experiri potest? Ajens opinio probanda videtur; *(a)* eaque communiter recepta dicitur *(b)* verùm negata conclusio auctoritati juris nostro judicio consona putari debet. *(c)*

a) Cum donatio nuda promissione facta similis sit emptioni venditioni. *§. perficiuntur. vers. & ad exemplum. I. de donat. & d. l. argentum. §. sed siquidem. C. d. t.* (b) Franc. Viv. *in comm opin. lit. D. in verb. donatio ubicunque incipit à promissione. & alii, quos citat & sequitur.* Rosenthal. *tract. feud. cap 8. concluf. 29. sub lit. E.* (c) Tum quia legatum, quod est quædam donatio. *§. legatum itaque. I. de legat. & l. legatum 36. ff. de legat. 3.* cum meram contineat causam lucrativam. *§. si res aliena. I. de legat. l. si hereditatem 32. ff. mandat.* Præstationi Evictionis non subjacet, licet à traditione non incipiat. Talis enim certa res legata præstari debet, qualis est, nec ultra heres legatario tenetur. *l. si à substituto. 45. §. ult. l. si legati. 56. vers. quia qualis sit. & l. legatum. 116. §. ult. ibi, fundus legatus talis dari debet, qualis legatus est. ff. de legat. 1.* Tum quia omnis propria donatio, etiam ea, quæ à promissione incipit, ex mera liberalitate proficiscitur. *l. 1. in princ. l. hoc jure. 19. in princ. §. 1. §. pen. & ultim. l. donari. 29. l. pen. & ult. ff. de donat. & l. donari. 82. ff. de R. I.* Iniquum autem esset, donatorem ex liberalitate, & munificentia sua incommodum capere. *l. ad res donatas. 62. vers. ne eo casu. ff. de Aedil. Edict.* Tum etiam quia donator nullus ex Ædilitio Edicto de vitio rei donatæ tenetur. *d. l. ad res. ff. d. t.* Tùm postremò, quia cum donator non sui commodi causa, sed ad utilitatem donatarii in eum contulerit donationem, nulla æquitas patitur, ut obligatus sit de Evictione, etiamsi donatio à promissione inceperit: Nulli enim officium & liberalitas damnosa esse debet. *l sed si quis. 7. vers. & sit insquum. ff. quemad. testam. aper. l. si servus. 61. §. quod verò. 5. vers. multo tamen equius. ff. de jure.* Atque hæc conclusio approbatur à Duareno. *vers. nec distinguendum.* & Donell. *num. 6. ad l. 7. C. h. t. n.* Neque eam contundit, quod ex nova Justiniani lege, donatio consensu nudo, nudo pacto facta, emptioni-venditioni comparata est. *§. perficitur autem vers. & ad exemplum. I. d. donat.* Adæquatio enim illa pertinet ad parem effectum donationis nudo pacto factæ, non ad similem ejus naturam. Effectus donationis illius idem hodiè est, qui emptionis-venditionis, efficax scilicet obligatio & actio: Natura Emptionis-

nis-venditionis est, etiam Evictionis præstatio. Hæc naturâ donationi tributa non est Iustin. lege; propterea id factum esse dicendum non est *per text. in l. pen. vers. nequeenim sicut illud. ff. de reb. credit.* Manfit igitur donationis, etiam à nuda promissione cœptæ natura hæc, quod evictâ re donata non teneatur donator Evictionis illius nomine. Quicquid enim novâ lege specialiter expressum non est, id veterum legum, constitutionumque regulis relictum intelligitur. *l. percipimus. 32. §. ult. C. de appellat, & cap. 1. in f. de constitut. in 6.*

Dubitatur de remuneratoriâ donatione, an eâ factâ, donator Evi- 12
ctionis nomine obligatus sit, nec ne? plerique affirmant; *(a)* Negantium verò placitum juris veritati nobis videtur propius. *(b)*

a) Quos citant Francisc. Viv. *in comm. opin. in verb. donatio ubicunque incipit. num. 7.* & Henr. à Rosenth. *tract. feud. cap. 8. conclus 29. in addit. ad lit. E.* (b) Donatio enim hæc antidoralis nullam in se necessitatem habet, nullos civiles effectus continet; sed meram donantis liberalitatem designat. *l. sed etsi. leg. 25. §. consuluit, ff. de petit. her. l. si pignore. 34. §. 1. ff. de furt.* Donell. *libr. 12. Commentar. cap. 2. p 8. vers. quæsitum est.*

Etsi verò donationis ea non sit natura, ut donator ad Evictionem 13
præstandam obligetur donatario, id tamen stipulando effici potest.

Dict. l. 2. C. h. t. n.

Sed an pacto idem effici possit, quæritur? Negativa nobis nun- 14
quam displicet.

Tum per text. expressum. *in d. l. 2. C. h. tit.* Tum etiam hâc certâ ratione, quod donatio stricti juris negotium est, cui pactum adjectum ad obligandum efficaciter prodest nihil. *l. petens. 27. & ll seqq. C. de pact. l. si tibi decem. 17. in princ. C. d. t. l. rogasti. 11. §. si tibi dedero. ff. de reb cred.* Non adfert robur ullum ajenti opinioni text. *in d. l. si quis argentum. §. sed siquidem. 5. C. d. donat.* ubi nudum pactum Iustin. Imper. constitutione nova ad obligationem & actionem confirmatur. Pactum enim illud confirmatum est ad necessitatem tradendi rem donatam: ut indicant ibi & *in dict. § perficiuntur autem, I. de donat.* verba expressa: non etiam confirmatum est ad necessarium evictionis præstandæ effectum. Quamprimum igitur donator tradit rem donatam, liberalitas est, nec ulterius de re illa Evicta tenetur. Non alium suadet sensum comparatio pacti cum stipulatione. *in dict. l. si quis argentum. §. sed si quidem. Cod. dict. tit.* Comparatio enim illa pertinet ad effectum traditionis rei donatæ, non ad Evictionis præstandæ necessitatem, cum de eâ dictis locis planè nihil agatur; proinde jus vetus, quod de pacto Evictionis nomine proponitur *in dict. l. 2. C. de Evict.* quodque præcipit, ut nudum pactum

stricto negotio adjectum ad obligandum & agendum non proficiat, salvum, intactum relictum fuit *per text. in dict. l. præcipimus. 32. §. ult. Cod. de appellat.*

15 Est item posterioris generis Evictio speciei legatæ, (a) & pro derelicto habitæ, (b) tùm etiam speciei casu peremptæ. (c)

a) *Per text. ad propos. 11. sub lit. b. citatos. & l. cum pater. 77. §. evictis ff de leg. 2. & l. si usqui. 40. ff. h. t. n.* Vide Fachinæ. *lib. 6. controv. jur. cap. 68.* & Cujac. maximè in Comment. *in lib. 8 resp. Papin. in explicat. d. l. cum pater. 77. § evictis. ff. de legat. 2.* Tenetur tamen heres de Evictione, si genus testamento relictum sit, ab herede autem species præstita, eâque evictâ. *l. qui concubinam. 29. §. si heres. 3. ff. de leg. 3.* (b) Quod enim quis pro derelicto habet, à se planè abjicit. *l. quod servus 36 ff. de stipul. servor.* & cuilibet occupanti relinquit, proindeque incertæ personæ donare censetur. §. *quâ ratione I. de R. D.* (c) *l. si quis tibi. 26. C. hoc tit. n.*

16 Similiter hujus generis est Evictio rerum singularum hereditate (a) vel peculio empto vendito. (b)

a) *l. 1.* ubi Donell. C. *eod h. t.* (b) *l. servi. 3. h. t. n.*

17 Huicquoque generi subjicimus Evictionem, cujus causam non antecedens venditionem, vel traditionem rei venditæ tempus paravit.

l. 1. C. de peric. & commod rei vendit. l. 3. in pr. & l. Lucius. 11. ff. h. t. n. Hartm. Pistor. *q. 10. n. 11. lib. 2.*

18 Adponimus quoque huic generi Evictionem, quæ ex propriâ rei naturâ contingit; ut si evincatur feudum, quod alicui ex heredibus, in divisione obvenit, sed eo sine filiis decedente, à domino, vel agnato successoribus ipsius evictum fuit: (a) vel feudum licet emptum post mortem venditoris nullo relicto filio evincatur emptori per dominum, vel agnatos. (b) Utroque enim hoc casu ex feudi natura soluto & finito jure datoris, solvitur & finitur jus acceptoris; (c) Quod cum sciat acceptor, aut scire debeat, (d) Evictionis nomine adversus datorem, vel ejus successorem agere non potest. (e)

a) Hartm. Pistor. *d. quæst. 10. num. 7. 8. & 10.* Henr. à Rosenth. *tract. feud. cap. 9. membr. 1. concl. 54. num. 17. & concl. 98. membr. 2. num. 7. & 14.* (b) Hartm. Pistor. *d. quæst. 10. num. 7. 8. & 10. & 25.* Fachinæ. *lib. 6. controv. jurid. cap. 68 vers. octava conclusio. & lib 7. cap. 14. vers. quintò, quia non est Evictio.* (c) *tit. 8. §. rei autem. vers. quid ergò. lib. 2 Feud.* Borcholt. *de feud. cap. 8. num. 62.* Rosenth. *tract feud. cap. 9. num. 2.* (d) *l. pen. ibi, qui scivit, aut scire potuisset. ff. ad SC. Maced. l si Titius. 48. in pr. ibi, cum scire poterit, aut ignorare non debuerit. ff. de fidejuss. & l. quod te. 5. ibi, propter quam intelligere deberes. ff. de reb. cred. l. si duo. 38. ibi,*

qui

qui enim scit aut scire potuit. ff. de acquir. hered. (e) *l. si fundum. 17. C. h. t. n l. si fratres. 7. vers. nam si fundi scientes. C. comm. utriusque. jud. & l. ult. §. ult. C. comm. de legat. & fideicom.* Rosenth. *tr. feud. c. 9. membr. 1. conclus. 54. n. 22.* An autem pretium empti feudi repetere possit emptor, dicetur *infra.*

Hinc emptor Evictionis nomine non potest convenire venditorem, si jure retractus res empta sit evicta. 19

Hartman. Pistor. *alios, quos citat. secutus, quæst. 10. num. 9. lib. 2.* Tyraquell. *tract. de retract. consang. §. 1. g. 9. num. 34. 35. & 36. & ad fin. tit. num. 98.*

Est insuper hujus generis Evictio, quà emptori pignorata res, quam à creditore emit, auferetur. Emptor enim, qui à creditore emit, pignus, cum ille jure creditoris, & pignoris lege, id est, non promissâ Evictione, id vendiderit, ipsique emptori pignus sit evictum, non potest creditorem de Evictione convenire, nec ad pretium restituendum, sed tantùm ex empto actione in id convenire potest creditorem vendentem, ut ille contrariam actionem pignoratitiam præstet. 20

l. In creditore. 38. ff. h. t. n. & l. pen. ff. de distract. pign l. ex empto. 11 §. sententiam. 16. ff. de act. empt. & vend. & l. 2. C. credit. Evict. pign. non deb.

Apparitores quoque Prætoris si pignora vendant, extra ordinem sententiam sequentes, non tenentur actione de re evictâ. 21

l. Si pignora. 50. ff. h. t. n. l. si ob causam. 13. C. eod. t.

Quid verò si creditori evincatur res, quam ei debitor pignori vel hypothecæ dedit, numquid creditor hujus Evictionis nomine experiri adversus debitorem potest? Negare id nisi juris imperitus potest nemo. 22

Competere enim creditori actionem hujus Evictionis nomine, non obscurè ostendit *text. in l. cum ea. 68. §. 1. & in l. si plures. 74. ff. hoc tit. n.* Et quia conductori re conducta evicta competit actio. *l. si quis domum. 9. in pr. ff. locat.* cur non idem jus creditori re pignoratâ evictâ concederetur? qui plus habet juris in re pignoratâ, quàm conductor in re conductâ: siquidem in rem agere possit adversus possessorem pignoris. 23

Ineptum est, contrariam opinionem ratione hac tueri velle, quod creditori evicto ipsi pignore, aliud superest remedium adversus debitorem, qui alienam rem pignori dedit, contraria sc. pignoratitia actio. *l. rem alienam. 9. in pr. & l. cum debitor. 32. ff. de pign. act.* Quasi verò Evictionis nomine alia competat actio, quàm contractus celebrati. Evictâ re emptâ competit emptori nulla alia actio Evictionis nomine, quàm ex 24

empto actio. *l. si in venditione. 6. ff. hoc tit. nostr. & l. non dubitatur. 6. Cod. eod.*

23 Prædictis modis Evictionem distribuendam esse, juris arguit auctoritas. Qui verò Evictionem dividunt in Expressam, Tacitam, Cautionalem, sive impropriam, gravi juris errori se implicant.

24 Omnis enim Evictio est expressa, si expressam licet dicere eam, quæ fit palàm & manifestè in judicio: Et nulla est Evictio tacita, ut definitio Evictionis abundè ostendit.

25 Nulla quoque est Cautionalis Evictio, si causam, sive effectum in ipsa Evictione spectes. Evictio cum sit rei ablatio vel retentio, per se non parit cautionem, nec Evictionem cautio producit. Evictionis causæ sunt tùm pars litigans, quæ evincit, tùm judex, ejusque sententia. Effectus Evictionis est possessionis evictæ reditus ad dominum suum, & occasio venditorem, aliumve auctorem de indemnitate conveniendi. Cur ergò Cautionalis diceretur Evictio aliqua? Quid quæso commodi; quæ utilitas ex hac divisionis illius parte exspectanda?

26 Non inficias ire possumus, quod cautio de futura Evictione præstanda sit adjunctum illius Evictionis occupatum, & Evictio isthæc futura sit occupans subjectum illius cautionis; quodque subjectum à suo adjuncto capere denominationem possit. (a) Verùm si hâc ratione defendere velis hanc distributionis illius partem, sequeretur inde, omnem omninò Evictionem, de quâ præstandâ facta est promissio, esse Cautionalem; cum omnis promissio de Evictione præstandâ quædam sit cautio, non ea tantum, quæ fit datis fidejussoribus. (b)

a) Petr. Ram. *lib. 1. dialect. cap. 24. de Notat.* (b) *l. 3. Cod. de Verb. Signif. junct. Rubr. ff qui satisd. cog item Rubr. ff. In jus voc. ut eant ant satisd.*

27 Abusivam sive impropriam vocant Evictionem, quâ ex pacto contractui adjecto liberatur venditor à præstatione interesse, & ad solam precii restitutionem obligatur. Verùm enimverò non ipsa Evictio hanc præstat liberationem, sed pactum emptioni appositum. Et pactum hoc neque parit, neque impedit Evictionem, sed contractus naturam de Evictione præstandâ mutat. (a) Qui interdum effectus est pactionis bonæ fidei contractui adjectæ. (b)

a) *l. Ex empto. 11. §. ult. ff. de act. empt. vend.* (b) *l. jurisgentium 7 §. adeò autem. ff. de pact.*

28 Sequitur de Personis, quæ Evincere possunt, vel non. Evincere autem possunt, qui jure non prohibentur Evincere. Prohibentur autem tùm ipse venditor, (a) tùm heres ipsius: sive defunctus rem propriam, sive rem heredis vendiderit. (b)

a) *l. Neq*

a) *l. Neq; vindicantem. 17. ff h. t.* (b) *l. sive possessio. 14.* ubi Donell. C. *h. t. & l. Seja. 77. ff. eod.*

Evincere quoque non potest, qui pro venditore Evictionis nomine fidejussit, ut nec alius quisquam efficaciter Evincere potest, qui venditioni suæ rei venditor consensum dedit. 29

l. Exceptione. 11. ubi Donell. C. *h. t. n.*

De herede fidejussoris quæritur, num ille, si ex suâ personâ propria vindicare intendat rem suam ab eo venditam, pro quo fidejussor defunctus cavit, repelli exceptione possit? Negativa Mudæo placet. *(a)* Ajenti verò opinioni veritas juris assistit. *(b)* 30

a) *Tit. de act. empt. vendit. Rubr. ut habere rem emptam. num. 8. pag. 211.* (b) Etsi enim rem suam propriam ab eo venditam pro quo fidejussit aliquis, heres fidejussoris vindicare possit. *l. ult. C. h. t. n.* Attamen ipsum vindicantem emptor exceptione repellere potest. Cum enim venditoris heres ex suâ propriâ personâ, & jure proprio vindicans, exceptione possit repelli, *l. 3. C. de reb. alien. non alienand. l. Seja. 73. ff. h. t. n.* cur non æquè & fidejussoris heredi vindicanti rem propriam venditam ab alio, obstaret exceptio? Vide Donell. *in dict. l. exceptione. 11. num. 11. Cod. hoc t. n.*

Procurator item alicujus, qui ignorans rem propriam; quasi domini esset, vendidit efficaciter eam ab emptore vindicare nequit. 31

l. Servum. 49. ff. mand.

Is quoque cujus bona ob causam judicati capta sunt, & vendita, vindicare ea ab emptore prohibetur. 32

l. Si ob causam. 13. ubi Donell. C. *h. t. n.*

Quod attinet res, Evictioni subjectas, sunt illæ mobiles *(a)* & immobiles: *(b)* Corpora & jura; veluti Vsusfructus, *(c)* servitus, *(d)* hereditas, *(e)* peculium. *(f)* 33

a) *l. 3. l. 5. l. qui à pupillo. 7. & l seq. ff. hoc tit. n. l. sive. 12. l. si status. 18. l. si post. 24. Cod.* (b) *l. 2. ibi, cum prædia. l. 4. ibi, prædium. l. ex his prædiis. 5. l. si obligata prædia. 19. l. si permutationis gratia. 29. Cod. h. t.* (c) *l. si quid. 15. §. 1. ff hoc tit. l. fundum 46. l. ab emptore. 49. l. si rem. 62. §. ult. ff. hoc tit. n.* (d) *l. si quis per fundum. 10 dict. l. si fundum. 46. §. 1. l. cum fundus. 48 ff. eod.* (e) *l. venditor. 8. ibi, sive hereditas. ff. hoc tit. n.* (f) *l. servi. 5. ff. eod. tit.*

Pluribus rebus separatis simul emptis venditis, ea tantùm, quæ inter illas aliena est, obnoxia Evictioni intelligitur. 34

l. 1. ff. hoc tit. n.

Nave autem vel domo emptâ, singulæ partes & corpora, ex quibus constant, ut cœmenta & tabulæ, non evincuntur. Ædificio tamen 35

aut navi exempta isthæc corpora Evinci possunt, (a) & eorum nomine de Evictione tenetur venditor empti venditi actione, non ex stipulatione duplæ. (b)

a) *l. Adeò quidem. 7. §. cum in suo. 10. ff. de acquir. rer. dom. & §. cum in suo I. de R. D* (b) *l. nave. 36. junct. l. venditor. 8. l. Scapham. 44. ff. h. tit. n. l. eum qui 23. §. 1. ubi*, Cujac. *ff. de usurp. & usucap.* Idem Cujac. *in Comment. in lib. 53.* Paul. *ad Edict. in explic. l. si prægnans. 42. ff. h. t. pag. 4. & in Comment in lib. 29.* Paul. *ad Edict. in declaratione. l. in commodato. 17. §. duabus rebus. ff. commod. pag. 54.*

36 Distinguunt quidam inter domus & navis partes integrales, & materiales. Integrales domus partes appellant fundamentum, parietes, tectum; Materiales domus partes dicunt, cœmenta, tignos; columnas. Navis partes integrales vocant proram, puppim, sentinam, gubernacula, malum, antennas, velum; Materiales verò navis partes nominant tabulas, trabes, &c. Integralibus Evictis partibus, obligationem Evictionis subesse ajunt; partibus materialibus Evictis, negant illud. Sed distinctionem hanc inanem esse, & alienam à juris auctoritate certum est.

Aliena est à juris auctoritate & inanis hæc distinctio; tùm quia nusquam vel verbis vel sensu verborum proponitur in jure nostro; tùm quia domus-cœmenta, & navis tabulæ negantur esse partes *in d. l. nave. 36. ff. h. t. n.* non aliâ ex causâ, quàm quod partes illæ separatæ à toto integro non accipiunt totius nomen, ut fundi pars totius fundi accipit nomen, & fundus appellatur. *l. 1. ff. h. t. n.* Iccirco evictis cœmentis vel tabulis non obligatur venditor Evictionis nomine in duplum, cum singulæ cœmenta, vel tabulæ non intelliguntur venditæ. *tit. 12 c 1. lib. 19. βασιλ.* Competit tamen actio ex empto, ut proximè citatus locus arguit. & patet ex *l. venditor. 8. ff. h. t. n.* Confert item *l. quamvis. 10 ff. de precario. & l. cum pater. 77. §. pater filiæ. 17. ff. de leg. 2.* Vide Cujac. *in lib. 7. quæst. Papin. pag. 144. col. 2.* Tum etiam quia textus *in d. l. Scapham. 44. ff. eod. h. t.* distinguit à nave & ejus membris scapham, ut speciem à specie separatim: & ostendit ibi IC. quod scapha per se navicula sit, non membrum navis. Proindeque scapham evinci posse, eâque Evictâ obligationi de Evictione locum esse. Tum postremò quia Iavolenus IC. *in dict. l. eum qui. 23. §. si autem columna ff. de usurpat. & usucap.* disertè scribit, quod columna domus evinci possit, & Evictionis illius nomine emptorem ex empto actione cum venditore rectè acturum.

37 Si prægnans ancilla aut vacca vendita & tradita sit, evicto postea partu, aut vitulo, agere quidem potest emptor adversus venditorem ex empto

empto actione Evictionis illius nomine; *(a)* at de Evictione ex ſtipulatione duplæ experiri prohibetur. *(b)*

a) *Dict. l. venditor. 8. ff h t. n l. non quocunque. 82. §. Iulianus. 4. ff. de legat. 1.* (b) *d. l. ſi prægnans. 42. & l. ſeq ff. eod.* Cujac. *in Comment. in libr 53.* Paul. *ad Edict in explic. d. l. ſi prægnans. pag. 4 & in Comment. in lib. 7 quæſt. Papin. pag 144. colum. 2.* Ratio autem, cur ex ſtipulatione in duplum agi non poſſit, ea eſt, quod ſtipulationes ſtrictius accipiuntur: proinde ancillâ prægnante venditâ, certe partus ſtrictâ ratione non cenſetur venditus; cum animalis pars animal non ſit. *l. ſi dictum 56. §. in ſtipulatione. 2. ff. h.t n. ſicuti fundi pars fundus eſt l.1. ff eod.* Ideoque Evicto partu non competit ex ſtipulatu actio. *l. inter ſtipulantem. 83. §. ult. ff. de V. O.* ubi Cujac. *in Comment. lib 52.* Paul. *ad Edict. pag. 172.* Interpretatione tamen bonæ fidei admiſſa, profectò ancillâ prægnante venditâ, etiam partus videtur venditus, eoque evicto, ex empto actioni de Evictione illa locus eſt. *d l. venditor. 8. ff. h. t. n. & d. l. non quocunque. 82. §. Iulianus. 4 ff. de legat. 1.* Cujac. *in d. l. eum qui. 23. §. ſi autem. ff. de uſurpat. & uſucap.*

Succedit genus judicii, quo res alienæ ab alio comparatæ evincuntur. 38
Eſt autem hujus generis vindicatio, *(a)* non ſolùm domini, ut eſt rei vindicatio, *(b)* ſed & alterius juris, puta vindicatio publiciana, *(c)* vindicatio Vſusfructus, *(d)* vindicatio pignoris & hypothecæ, *(e)* vindicatio feudi, *(f)* & Emphyteuſis, *(g)* vindicatio ſuperficiei, *(h)* vindicatio poſſeſſionis per interdictum, uti poſſidetis vel utrubi, *(i)* vindicatio ſervitutis emptæ per negatoriam vel confeſſoriam actionem, *(k)* vindicatio quæ fit per miſtas actiones, communi dividundo & familiæ erciſcundæ. *(l)*

a) *Per text. ad propoſ. 1. ſub lit. b. adductos.* (b) *tot. tit. & C. de R. V.* (c) *tot. tit. ff. de public. in rem act.* (d) *l. 1. ibi, uſumfr. vindicaturum. ff. ſi uſusfr pet. l. ſed etſi. 15. §. 1. & l. fundum. 46 h. t.* (e) *l. pignoris. 17. ff. de pign. & hypoth. l. ſi mancipium. 34. in fin. & l. ſeq. h. tit. n.* (f) *tit. 8. in princ. & §. 1. ibi, quaſi vindicare. & tot. tit. 25. lib. 2. F.* (g) *l. 1. f ff ſi ag. vectig.* (h) *l. 1. § ibi, quaſi in rem actionem. & §. quia autem. ff. de ſuperfic.* (i) *tot. tit ff. uti poſſid. & l. vis ff. utrubi.* (k) *dict. l. fundum. 46. §. 1. ff. h. tit. n.* (l) *l. mancipium. 34. §. 1. ff. eod.* Quo loco Pompon IC. ad hæc varia vindicationum genera reſpicit his verbis. *Non interest, quo genere judicii evincatur, ut recte ſentit.* Cujac. *ad Afric. tract. 6. in explicat. d. l. fundum. 46. in princ. h t. n.*

Hactenus de ipſa Evictione per ſe in circumſtantiis & affectionibus ſuis conſideratâ. Sequitur nunc ordine juſto de cautione, quæ Evictionis nomine jure inventa eſt; *(a)* in qua duplex inſpectio incur- 39

incurrit; una de cauſſa hujus Cautionis, altera de Cautione ipsâ. *(b)*

a) Vide *propoſ. 3.* (b) *de utraque agemus propoſ. ſeqq.*

40 Cauſſa hujus Cautionis eſt vel ipſa lex, vel ſpecialis contrahentium conventio.

41 Ipſa lex jubet, ut venditor Cautionem Evictionis nomine præſtet emptori, & quidem duplæ cautionem, ſi res pretioſa vendatur.

l. 2. Vbi gl. in caſu, & in verb. ut caveatur. & verb. dupli. l. emptori. 37. in pr. ibi, promitti à venditore oportet. & §. 1. ibi promitti oportere. ff. h. t. n. Evictione in limine contractus imminente, quatenus emptor pretium retinere poſſit, & de ſatisdatione ejus nomine à venditore præſtanda. vide Hartm. Piſtor. *lib. 3. q. 6.*

42 Specialis contrahentium conventio facit, ut teneatur venditor Cautionem Evictionis nomine præſtare, ſi dictum fuerit vendendo, ut ſimplæ, vel duplæ, vel triplæ, vel quadruplæ Cautio futuræ Evictionis nomine præſtaretur.

l. Si dictum fuerit. 56. in pr. ff. h t. n.

43 Vtraque autem Cautio illa parit emptori ex empto actionem, quâ cogi poteſt venditor ad præſtandam Evictionis nomine Cautionem.

Dict. l. ſi dictum fuerit. 56. in pr. ff. h t. n. d. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua. 20. ibi, ex empto agi poſſe. ff. de edil. Edict.

44 Quod de emptore & venditore dictum eſt, exaudiendum quoque putamus de aliis bonæ fidei contractibus, non etiam de negotiis ſtrictis, [a] licet quoad poſterius aliter ſentiat Sichardus. [b]

a] *Dict. l. quod ſi nolit 31. §. quia aſſidua. 20. ibi, in bonæ fidei judiciis. ff. de edil Edict.* Confert, quod *d. l. emptori. 37 & d. l. ſi dictum. 56. in pr. ex empto* perpetua actione agi poterit. *ff. h t. n.* [a] *ad rubr. C. de Evict. n. 22. 23 & 24.*

45 Quod attinet Cautionem ipſam, conſiderantur in ea tùm ſpecies ipſius, tùm actio, quâ is, cui res evicta eſt, de indemnitate ſibi adverſus auctorem conſulere poteſt, & quid veniat in hanc actionem, tum etiam defenſio auctoris contra Evictionem illam.

46 Species Cautionis hujus duæ ſunt: Vna eſt legalis, altera conventionalis Cautio.

47 Legalis Cautio illa eſt, quam ipſa lex abſque contrahentium ſpeciali conventione ex natura contractus præſtat illi, cui tradita res eſt evicta.

l. Non dubitatur 6. ubi Donell. *h. t. n. l. ſed etſi ſtipulatio. 19. & l. ſi in venditione. 60. l. evicta re. 70. ff. eod. l. ex empto. 11. §. 1. ibi, præſtabuntur, quæ natura aliter inſunt, hujus judicii poteſtate junct. §. 2 ff de act. empt. & vend.*

Petr.

Petr. Heig. *lib. 1. q. 36. n. 1. & 2. ibi, naturaliter hæc cautio inest.* Hartm. Pistor. *quæst. 10. num. 2. lib. 2.* Hanc Cautionem quidam vocant Evictionem tacitam; sed ineptissimè, cum juris auctoribus alia sit Evictio, alia item Cautio Evictionis nomine præstita. *rubr. de Evict. & dupl. stipul.*

Conventionalis Cautio de Evictione præstandà est, quando pars 48
parti expressa conventione Evictionis nomine indemnitatem promittit.

l. 3. ibi, ex stipulatu duplæ. l. qui à pupillo. 7. ibi, ex stipulatu de Evictione. l. evicta. 16. §. 1. ibi, duplæ stipulatio. & §. ult. ibi, duplum stipulati summ item ibi, ex ea stipulatione consequar. l. sed etsi. 18. ibi, ex duplæ quoq; stipulatione. l. fundum. 20. ibi, & satis pro Evictione mihi des. & l. seq. §. 1. ibi duplæ stipulationem. l. si pro re. 22. in pr. ibi, stipulatio pro Evictione. ff. hoc titul. n.

Hanc Cautionem venditor hereditatis in rebus singulis (nisi aliud 49
convenerit) præstare non tenetur; cum inter ementem & vendentem id agatur, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum erat.

l. 2. In pr ff de hered. vel act. vendit. & l. 1. C. h. t. n. de gregis & armenti capite uno atque altero evicto, non idem dicendum. Sichard. *ad rubr. C. h. t. n. n. 10. & ad l. 1. eod. n 5.* Grex enim & armentum non est absque capitibus; Hereditas verò est absque ullo corpore.

Est autem duplex hæc Cautio; Nuda & simplex repromissio, [a] 50
vel Cautio idonea. [b]

a] *Dict. l. si dictum 56. in pr ibi, sufficit nuda repromissio. l. emptori 37. in pr. ibi, non tamen ut satisdetur ff. h. t. n. l. 1. § stipulationum. 5 ibi, quadam nudam repromissionem ff. de prætor. stipul.* [b] Idonea Cautio opponitur in jure nostro promissioni nudæ. *d. l. 1. §. stipulationum. ibi, quadam satisdationem exigunt, quadam nudam repromissionem ff. de prætor. stipul. §. sed hodiè. ibi, vel nudam promissionem, vel satisdationem. I. de satisdat.* Et ut satisdatione, sic & pignoribus idoneè caveri dicitur. *l. 4. §. addici. ff. de fideicom. libert. l. si mandatum. 59. in fin. ff. mand. l. 1. §. jubet. 9 ff. de Collat. bon. gloss. in §. 1. verb. idoneè. I. de eo, cui libert. cauf.* Andr. Gail. *libr. 1. pract. observ. 26. n. 6.*

Nuda & simplex est hæc Cautio, cum quis suis fidejussoribus, aut 51
pignoribus Evictionem præstare promittit: Id quod fit vel pactione, vel stipulatione.

Pacto promissa Evictione obligatur ad eam præstandam author, si 52
in negotio bonæ fidei in continenti pactum illud sit interpositum: *(a)* non etiam si negotio stricto sit adjectum; quale est donatio. *(b)*

a) *Per l. juris gentium. 7. §. quin imò. ff. de pact. l. initiò. C. de pact. inter empt. & vend.* (b) *l. 2.* ubi Donell. *C. h. t. n.*

33 Stipulatione repromitti potest Evictionis præstatio in quovis, tàm stricti juris, quàm bonæ fidei negotio.

Dict. l. 2. C. h. t. n. adde leges supra ad propos. 48. adscriptas.

34 Idonea Evictionis Cautio est, quæ fit pignoribus, (a) vel fidejussoribus datis. (b)

a) *l, Si non injuria. 15. C. h. t. n. l. etsi is. 9. vers. pignora C. de præd. & alii reb. min. l. 2. C. de pact. pign.* Petr. Heig. *lib. 1. quæst. 36. nu. 21 & 22.* (b) *l. 4. & l. emptori 37 in princ. & l. si dictum. 56. in princ. ff. h. t. n.* De Evictione an, quando, & quomodo satisdandum sit: an item fidejussores extranei admittantur? & quomodo consulatur emptori qui de evictionis cautione sibi non satis prospexit, vide Hartman. Pistor. *libr. 3. quæstion. 5.*

35 Hanc Cautionem quidam inscitè appellant Evictionem Cautionalem, cum tamen aliud sit Evictio, longè aliud Cautio Evictionis nomine præstita. (a) Et quia simplex ac nuda repromissio æque Cautio quædam est, (b) nulla certè idonea ratio reddi potest, cur in specie Evictio, quæ datis fidejussoribus, vel pignoribus promittitur, Cautionalis Evictio vocari debeat.

a) *Vt ostensum est supra ad propos. 3.* (b) *l. 3. C. de V. & R. S. l. quoties. 6. ff. qui satisd. cog. & Rubr. ff. si quis caut. in jud. sist. caus. fact.*

36 Regulariter au.em venditor, aliusque autor nudè & simpliciter de Evictione præstandâ solùm repromittere, non etiam fidejussoribus aut pignoribus cavere tenetur: nisi de eo nominatim convenerit.

Dict. l. 4. l. emptor. 37. in princ. & l. si dictum. 56. in princ. ff. h. tit. n. d. l. 1. §. stipulationum 5. ff. de prætor: stip. Cujac. *in l. pen. §. ante pretium. ff. de pericul. & commod. rei vend.* Donell. *in l. si post perfectam. 24. num. 5. Cod. hoc tit. n.*

37 Interdum tamen certis casibus jubetur venditor de Evictione cavere idoneè; ut si pater vendat bona filiorum materna: (a) si item in limine contractus Evictio immineat, & venditor precium petat. Tunc enim exceptione doli tutus, precium numerare non tenetur emptor, priusquàm venditor idoneè caverit de Evictione præstandâ. (b)

a) *l. 1. In f. C. de bonis matern.* (b) *d. l. si post perfectam. 24.* ubi Donell. *num. 5. C. h. t. n. & l. pen. §. 1.* ubi Cujac. *in Comment. in lib. 3. respons. Papin. ff. de peric. & commod. rei vend. l. ult. §. 1. ff. de rescind. vend.* Heig. *lib. 1. quæst. 36. n. 8. & seqq.*

38 Non solùm autem hac exceptione tueri se potest emptor, si ei quæstio in re dominii emptâ moveatur, sed & si resempta actione hypothecariâ, vel qua alia in rem actione ab ipso petatur. (a)

d. l.

Dict. l. si post. 24. vers. unde cum. C. h. t. n & l. si mancipium. 34. in f. & l. seq. ff. eod. tit. (a) *per text. in d. l. si post. 24. C. h. tit. n.* Qui cum generaliter loquatur de quæstione mota emptori, intelligendus est generaliter de quæstione quocunque vindicationis genere mota, *per text. in d. l. si mancipium. 34 §. 1. vers. quia non interest. ff. h. t. n.*

Hinc si post emptionem controversia emptori moveatur de re empta alii obligatâ, fortè uxori pro dote, aut ex alia caussa obnoxia, potest ex empto actione agi, ut venditor rem venditam liberet, & ab obligatione liberam præstet, aut hoc nomine indoncè caveat. 59

Petr. Heig. *libr. 1. quæst. 36. num. 54. & seqq. ubi auctoritates adducit.*

Sunt nonnulli casus, quibus Cautio idonea non potest exigi, quamvis emptori ante pretii solutionem quæstio de re empta sit mota. Primus est, si per calumniam subornato per ipsummet emptorem contradictore ad hoc, ut ipse emptor solvendi pretii dilationem habeat majorem. 60

Ita sentiunt, quos citat & sequitur Petr. Heig. *dict. quæst. 36. numer. 1. & seq.*

Alter est casus, si is, qui movet emptori quæstionem, jus tantùm conditionale habeat. 61

Petr. Heig. *d. quæst. 36. num. 19. & seqq.*

Tertius casus est, quando venditor locuples est, & idoneus facultatibus ad præstandam Evictionis indemnitatem. 62

Petr. Heig. *d. quæst. 36. n. 23. & seqq. ubi rationibus hanc conclus. firmat, & argumenta opinionis contrariæ refutat.*

Cautio autem illa conventionalis nuda, itemque idonea præstatur vel in simplum rei pretium, aut æstimationem, vel in duplum, vel in triplum, aut quadruplum. 63

Dict. l. 2. l. Lucius. 11. §. 1. l. hoc jure. 27. l. cum fundus. 42. l. si dictum. 56. in princ. ff. h. t. n.

Sed an ultra quadruplum cautio isthæc extendi posset, controversum est, aliis negativæ, (a) aliis affirmativæ (b) patrocinantibus. Negativam juri consonam dicimus. (c) 64

a) Anton. Fab. *lib. 2. conject. cap. 2.* Gothofred. *in not. ad d. l. si dictum. 56. sub lit. x. ff. h. tit. n.* (b) Mud. *de act. empt. vend. rubr. de quo sit cavendum. num. 22. pag. 222.* (c) Tùm quia auctoritas juris meminit tantum simplæ, duplæ, triplæ, quadruplæ in legibus ad propositi præcedentem adductis: tùm etiam quia rei æstimatio infinita & immoderata improbatur à jure. *l. ex damno. 40. ff. de damn inf.* Hinc in *l. unic. C. de sent. quæ pro eo, quod interest prof.* cautum est, ne id quod interest, egredia-

tur duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. Tùm postremò, quia alias etiam actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in quadruplum, & nulla ulterius extenditur. §. *omnes autem actiones. I. de act.* Non obstat, quod jusjurandum in litem sine ulla taxatione in infinitum præstari potest. *l. qui restituere. 68. ff. de rei vind. & l. si fundus. 16. §. in vindicatione. ff. de pignor. & l. 4. §. 2. ff. de in lit. jurand.* Hoc enim ob contumaciam & dolum non restituentis rem in ejus pœnam jure permissum est. *l. tutor. 2. ff. de in lit. jurand. l. non ab judic. 63. in princ. ff de judic.* Expedit quippe timere delicti pœnam. *l. si unus. 27. §. pactis. 4 ff. de pact.*

65 In duplum pretii vel æstimationis concipitur, Cautio, & tenetur venditor duplum repromittere ac præstare, si vendantur res pretiosiores; ut sunt res soli, mancipia, margaritæ, ornamenta pretiosiora, vestis serica, vel quid aliud non contemptibile.

l. Emptori. 27. in princ. fact. §. 1. ff. h. t. n. Donell. *in l. si tibi. 25. numer. 13. C. eod.*

66 Quod si emptor ille de rebus illis pretiosioribus non duplum, sed simplum ex errore stipulatus sit, re evictâ consequitur ex empto actionem, quantò minus stipulatus sit; si modo omnia facit, quæ in stipulatione continentur; quod si non fecit, ex empto id tantùm consequitur, ut ei promittat venditor, quòd minus in stipulationem deductum fuit.

Dict. l. emptori. 37. §. si simplum. ff. h t. n. Notanda hic differentia inter id, quod omissum in stipulatione peti potest, & id, quod omissum est, promitti debeat promissione exigendâ actione ex empto. Interdum tamen in venditione pretiosarum rerum non cogitur venditor duplum repromittere, ut si regionis mos & consuetudo id non exigat. *l. si fundus. 6 ff. hoc tit. n. & l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de edilit. edict.*

67 Si vendita sit ejusmodi res, & simpliciter absque ullâ stipulatione duplæ traditâ, sed evictâ, sit, ex empto potest agere emptor ad duplum.

l. Ex empto. 11. §. Cassius. 14. de action. empt. vend. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. de edil. edict. Iul. Paul. *libr. 2. sentent. tit. 17. §. 1.* ubi Cujacius.

68 Sequitur de actione, quâ is, cui res evicta est, nomine Evictionis de indemnitate sibi consulere potest adversus autorem; (*a*) quæ actio est vel personalis ex conventione, vel hypothecaria in rem actio. Personalis illa actio alia atque alia est, prout genus Cautionis fuerit. Omissâ enim Evictionis stipulatione re emptâ evictâ, competit emptori ex empto

pto actio, (b) vel legato evicto, actio ex testamento, (c) vel præscriptis verbis actio, evictâ re ex permutatione traditâ, (d) vel concessâ in feudum, (e) vel actio locati conducti re conductâ evictâ. (f)

a] *Vide propositionem. 45.* [b] *l. si in venditione. 60. l. Evictâ re. 70. ff. h. t. n. l. si controversiæ. 9. l. si cum quæstio. 17. l. empti actio. 21. l. si tibi. 25. l. si permutationis gratia. 29. C. eod. tit. l. Titius. 43. §. ult. ff. de act. empt.* Mynsing. *cent. 1. obs. 56.* (c) *l. qui concubinam. 29. §. si heres. 3. ff. de leg. 3.* (d) *l. 4. l. ult. C. de rer permut.* (e) *per text. in tit. 21. in pr. lib. 1. F.* Cujac. *ad t. 8. lib. 2. F.* Borcholt. *de feud. c. 9. num. 14.* (f) *l. si quis domum. 9. in princ. ff. locat.*

Quod si Evictionis nomine per stipulationem, simpla, vel dupla, 69
vel tripla, vel quadrupla sit promissa ab authore, actione ex stipulatu, quod promissum est, peti potest.

l. Sed etsi. 18. l. si servum. 25. l. habere licere. 5. in princ. & §. 1. ff. hoc titul. n.

Est tamen in arbitrio emptoris, hâc ex stipulatu, vel ex empto ven- 70
dito actione experiri adversus venditorem evictæ rei nomine, (a) unâ autem electâ, altera consumitur. (b)

a) *Dict. l. sed etsi. 18. ibi, ex duplæ quoque stipulatione, vel ex empto potest conveniri. ff. hoc titul. nostr.* (b) *l. prædia. 28. ff. de act. empt. vendit.*

Sed prædicta procedunt, nisi in ipso emptionis venditionis contra- 71
ctu confestim & in continenti stipulatio isthæc intervenerit. Tunc enim una censetur ex stipulatu obligatio, non duæ.

l. Si ita stipulatus. 26. §. Chrysogonus. 2. vers. nam quotiens. ff. de Verb. Obligat. l. si ita fuerit. 6. §. 1. ibi, & ex continenti facit stipulationem item ibi, mox pecuniæ numerata. ff. de novat. l. obligamur. 52. §. re & verbis. ff. de O. & A.

Si non per stipulationem, sed per pactum promissa sit Evictionis 72
præstatio, idque in continenti in ipso bonæ fidei contractu, quo res alienata est, actio ipsius contractus Evictionis nomine competit; puta actio ex empto, si vendita sit res aliena, vel præscriptis verbis actio, si in permutationis contractu, vel communium rerum divisione aliena res sit tradita.

Per l. jurisgentium. 7. §. quin imò. 5. & §. seq. ff. de pact. Permutatio parit præscriptis verbis actionem. *l. 4. & l. ult. C. de R. P.* ut & divisio, quæ non fit sine permutatione. Cujac. *in lib. 7. quæst. Papin. pag. 144. in explicat. l. ex mille. 64 ff. h. t. n.*

Quia verò cautio Evictionis nomine interdum fit datis fidejussori- 73

bus, ut supra dictum, potest emptor, ut & alius, cui res evicta est, ex fidejussione illâ adversus fidejussorem condictione ex stipulatu experiri.

l. Emptor. 8 C. h. t. l. inter stipulantem. 83. §. si rem. 6. de V. O. §. 1. Inst. d. t.

74 Quod si pignoribus vel hypothecis cautum sit pro Evictione, locum etiam habet hypothecaria actio.

l. Si non injuria. 15. C. h. t. n. §. item serviana. Inst. de act.

75 Dispiciendum nunc quid veniat in actionem, quæ Evictionis nomine competit (*a*) Continetur autem actione ex empto non solùm Evictæ rei pretium, ut illud restituat venditor, (*b*) sed & id quod interest, rem non fuisse evictam. (*c*)

a) *Vide supra propos 45.* (b) *l. ex empto. 11. §. sententiam. 16 & §. ult. ff. de act. empt. l. evictâ re. 70. l. si plus. 74. §. pen. ff. de Evict. l. cum successores. 23. in fin. C. eod. t.* (c) *d. l. ex empto. §. ult. l. Titius 43. §. ult. ff. de act. empt. l. venditor. 8. & l. seq. l. bonitatis. 13 & ll seqq. l. empti actio. 21. l. si tibi. 25. l. si permutationis. 29. ff. h. t. n. d. l. cum successores. 23. C. eod. tit.*

76 Id quod interest definimus utilitatem, quæ abest actori, quamque lucrari ipse potuisset. (*a*) Sub quâ continentur etiam animalium fœtus, agrorum fructus, impensæ in prædium evictum factæ, & damna, quæ toleravit, cui res evicta est. (*b*)

a) *Dict. l. ex empto. 11. §. ult. ff. de act. empt. vend. l. si commissa. 13. in princ. ff. rem rat. hab. & l. Julianus. 9. §. ultim. ff. ad exhib.* (b) *d. l. venditor. 8. ff. h. t. n. d. l. si controversia. 9. l. super empti. 16. & l. si cum 17. C. eod. tit.*

77 In æstimandâ autem re evictâ, & eo, quod actori abest, ejusque damnis æstimandis, cum hac actione agitur, ut & si præscriptis verbis agatur ex permutatione, vel divisione, spectandum est Evictionis tempus, ut æstimemus, quanti tunc fuit, & tantum etiam præstetur.

Dict. l. evictâ re. 70. ibi, etsi minor esse cœpit, damnum emptoris erit. ff. h. t. n. ubi gl. in verb. emptoris. & gl. in l. ex mille. 64. in verb. Evictionis. ff. eod. h. t. Cujac. *in Comment. in lib. 7. quæst. Papin. p. 114.* Facit huc, quod periculum rei venditæ post contractam emptionem venditionem ad emptorem pertinet. *§. cum autem. I. de empt. vend.* Quodque venditor de Evictione rei venditæ tenetur, damnum autem, quod post perfectum hunc contractum casu contingit, in re evictâ, non est res vendita, nec provenit ex Evictione. Donell. *ad l. si tibi. 25. n. 6. C. h. t. n.* Cujac. *in lib. 7. quæst. Papin. pag. 147. col. 2.*

78 In Evictionis obligatione & actione ex stipulatu continetur promissa

missa vel simpla, vel dupla, vel tripla, vel quadrupla ejus quod traditum, sed evictum est à tertio.

l. Si tibi. 25. ibi, quantum in hanc deductum est. C. h. t. n.

Etsi autem actione quoque ex empto, ut & præscriptis verbis actione, simplâ etiam non promissâ exigi possit, attamen utile est, ipsam in stipulationem esse deductam & promissam; cum liceat hoc casu emptori vel permutatori re evictâ consequi æstimationem, quæ fuit, cum res vendita, aut permutata fuit, aut certè rei pretium illius temporis: (a) quod interdum tempore Evictionis minus est vel majus, quàm tempore contractus fuit. (b) 79

a) *l Bonitatis 13. ubi gl. & l. seq. l. ex mille. 64. ff. h. t. n. gl. in l. in l. evicta re. 70 in verb. emptoris. ff. eod.* Cujac. *in Comment. in lib. 7. quæst. Papin. in explic. d. l. ex mille pag. 144. & tract. ad African. 8. in explicat. l. cum & forte. 44. ff. h. t. n. mihi pag. 510.* Stipulatio hæc simplæ significatur verbis, neque ex Stipulatu. *in l. emptor. 8. C. hoc tit. n* Donell. *in l. 25. num. 10. C. eod* (b) *d. l. evictâ re. ibi, etsi minoris esse cœpit, damnum emptoris erit. l. si cum venditor. 66. §. ult. ibi, ut melioris vel deterioris agri. ff. h. t. n. & l. Titius. 43. §. ult. & l. idque. 45. in princ. ff. de act. empt. vend.* Ratio autem differentiæ hujus inter actionem ex empto vel præscriptis verbis, & actionem ex stipulatu hæc est, quod actio ex empto, ut & præscriptis verbis actio competit de eo, quod evictum est, nec aliud persequitur, quàm id, quod interest, rem non evinci; ut necesse sit in eo id tempus ipsum intelligi, quo res evicta est: at actio ex stipulatu id petit, quod in stipulationem deducta est. *d. l. si tibi. 25. C. h. t. n.* Deducta autem est simpla ejus temporis, quo stipulatio interponebatur. Proinde in ea tempus illud spectandum est. Donell. *in d. l. 25. C. h. t. n.* Aliam, sed non omninò alienam differentiæ rationem adducit Cujac. *in d. l. 7. quæst. Papin, & ad Afric. tract. 8. hanc nimirum*, quod actio ex empto & præscriptis verbis ex permutatione est bonæ fidei; ex stipulatu stricti juris. Stipulatio in solidum est concepta, proinde & actio in solidum ex stipulatu competit & in hanc actionem venit omne illud, de quo stipulatio concepta est, sive res deterior, sive melior effecta sit. In actione ex empto vel præscriptis verbis ex permutatione etsi res dicta evicta sit, ultra pretium id tantum venit, quod æquum & bonum est; hoc est, quod emptoris revera interest, si minor sit fundus, cum evincitur, minor erit æstimatio ejus; si major sit fundus, major erit æstimatio ejus, quod interest.

Duplum sive dupla à venditore stipulanti emptori Evictionis nomine promissa si fuerit, tunc ea ipsa continetur actione ex stipulatu. Quod tamen ita accipiendum est, ut duplum non excedat rei pretium, 80

sed

sed duplo pretium, sive æstimatio rei insit: ut si empta res sit florenis centum emptori debeat solvi alterum tantum, atque ita ducenti floreni, non ultra, etiamsi pluris interfit. (a) Quod idem etiam sequimur in actione ex conducto, si ei domus conducta sit evicta. (b)

a) *Per text. in d. l. ex empto. 11. § ultim. ff. de act. empt. vend.* Cujac. *tract. ad Afric. 8 in explic. l. sed & fortè. 44. ff. h. t. n.* Donell. *in l. si tibi. 25. num. 8. C. eod.* (b) Cujac. *tract. ad Afric. 8. pag. 407. in fin. & pagin. seq. in pr.*

81 Sive autem tota res evincatur, sive ejus pars, regressum habet emptor ad venditorem. Et si tota res evicta sit, ex stipulatione duplæ pro re, quæ decem veniit, præstantur viginti.

l. 1. Et l. ex mille. 64. in pr. ibi, si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur Evictionis obligatio. ff. h. t. n.

82 Quid verò si pars fundi evicta sit, numquid duplæ stipulatio committatur in totum? Iuris auctoritate muniti negamus.

Est quidem actio ex stipulatu stricta, aspera & simplex, at non iniqua. Esset autem iniquissimum parte evicta stipulationem committi in totum. Vnde si venierit fundus pro indiviso, uno pretio, puta mille jugerum, & flumen abstulerit ducenta, ac postea evincantur de fundo illo ducenta, aget emptor ex stipulatu pro ducentis tantum Evictis jugeribus. Nam quod per flumen periit, damnum emptori non venditori attulit. *d. l. 1. & l ex mille 64. in pr. ff. h. t. n.* ubi per verba, pro parte quinta, non quarta, significantur jugera ducenta. Ducenta enim jugera sunt pars quinta mille jugerum.

83 Pars tamen illa evicta pro indiviso vendita æstimabitur non pro modo jugerum (licet in emptione modus sit dictus) sed pro qualitate, hoc est, utilitate & bonitate ejus partis.

Dict. l. 1. vers. quid si certus locus. & l. bonitatis. 13. d. l. ex mille. 64. §. pen. ff. h. t. n. & l. pen. in pr. ff. de ædil. edict.

84 Sin verò singulis fundi partibus pretium sit dictum, ejus tantùm partis, quæ evicta est, pretium dupli præstatur.

l. Si fundo. 53. in princ. ff. h. t. n.

85 Quod si quis fundum centum jugerum vendiderit, sed fines multò amplius emptori demonstraverit, & ex hisce finibus quid evictum sit, pro bonitate ejus præstandum est emptori, quamvis id, quod relinquitur, centum jugera habeat.

l. Qui fundum. 45. ff. h. t. n.

86 Si ususfructus venditus evincatur, pro bonitate fructuum æstimatio facienda est.

l. Sed si 15. §. 1. ff. h. t.

Etsi

Etsi verò servitute venditâ evictâ, venditor de Evictione quoque teneatur: *(a)* si tamen prædium simpliciter sit venditum, nulla facta mentione servitutis, non tenetur venditor servitutis illius evictæ nomine. *(b)* 87

a) *l. Fundum. 46. §. si per alienum. 2. & l. cum fundus. 48 ff. h. tit. n.* (b) *l. quod ad servitutes. 75 ff. eod. tit.*

Competit autem Evictionis nomine actio, non solùm ei, cui res evicta est, sed & successoribus ipsius. 88

l. Si imprudentiam. 51. §. non mirum. 3 ff. h. t. n.

Et competit non modò adversus ipsummet authorem, sed & successores ipsius; *(a)* Quin etiam contra fidejussores Evictionis nomine datos, & heredes ipsorum. *(b)* 89

a) *l. Emptor. 8. & l. si controversia. 9. C. h. t. n. d. l. si per imprudentiam. 51. §. non mirum. ibi, de Evictione teneatur heres ff. eod.* (b) *l auctore. 7. & l. seq. ibi, contra venditorem, vel fidejussorem. l. si statu. 18 ibi, auctorem, vel ejus fidejussores, heredesve eorum Cod. hoc tit. n.* Confert. *l. 4. §. ult. ibi, fidejussor & ipse obligatur, & heredem obligatum relinquit. ff. de fidejussor.*

Restat, ut videamus, quæ sit authoris contra prædictas actiones defensio. Et primùm quidem defendere se potest author ob Evictionem earum rerum, de quibus dictum est supra, sub propositione 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. & 21. ubi videndum. 90

Potest quoque se defendere author adversus eum, qui scivit rem esse alienam, aut pignori obligatam, etiam quò ad rei pretium. 91

l. Si fundum. 27. ubi Donell. *C. h. t. tit. 8. de invest. de re alien. fact. in prin. libr. 2. F. l. si à matre. 13. Cod. de jur. dot. & l. si fratres. 7. Cod. comm. utriusque jud.* Tiraquell. *latè tract. de retract. consang. §. 12. gloss. 1. nu. 9.* Hartm. Pistor. *d. q. 10. n. 22. lib. 2.*

Quid verò si venditor vasallus licitè alienavit rem feudalem, ut feudalem, ac emptor non ignoravit talem esse eam rem, & post mortem Vasalli venditoris, agnatus ipsius aut dominus evicerit feudum, numquid emptor contra Vasalli alienantis heredes ad pretii restitutionem nomine Evictionis experiri potest? Hæc quæstio admodum controversa est inter juris Interpp. *(a)* Nobis autem ajens opinio æqua & vera videtur. *(b)* 92

a) Ut patet ex Fachin. *libr. 2. controv. jur. cap. 14. sed quæritur. & vers. seqq.* Hartm. Pistor. *d. quæst. 10. libr. 2.* & Henr. à Rosenthal. *tract. feud. cap. 9. membr. 2. conclus. 98.* quorum hi cum aliis ab illo plurimisque aliis dissentiunt. Vultej. *in tract. de feud. libr. 1. cap. 10. num. ult.* ajenti sententiæ adhæret. (b) Tum quia venditor hac expressa conditione ven-

dens rem, ne de Evictione teneatur, pretium re evictâ restituere tenetur. *l ex empto. 11. §. ult ff. de actio. empt. vend.* Ergò multò magis teneatur heres Vasalli ad pretii restitutionem, quando ipse Vasallus simplicite absque isthac conditione feudum vendidit. Cogitare quidem potuit feudi emptor, Vasallo sine filiis mortuo, feudum illud filii per dominum vel agnatos evinci posse, cum ea sit natura feudi, casu tali existente: verùm cum tempus mortis incertum sit, & interim multa evenire possunt, ne evincatur feudum, ut si agnati vel dominus jure suo non utantur, non injuriâ sperare potest feudi emptor, se tutum fore. Tum quia licet dicto casu emptor feudi intelligat veniente mortis Vasalli die, feudum emptum sibi evictum iri, attamen non credit, solutum pretium se amissurum. Tum etiam, quia in empto feudo non est eadem ratio, quæ in re alia plane aliena; quippe cum Vasallo in re feudali jus aliquod competat reale, non possessionis tantùm sed & utilis dominii, cujus nomine quasi vindicare potest à possessore feudalem rem *tit. 8. §. ibi, quasi vendicare. lib. 2. F.* Tùm quia re sub conditione vel die incertâ alicui legata, ab herede vendita, emptori per legatarium evicta, potest emptor Evictionis illius nomine datum pretium repetere à venditore herede. *l. ult. §. pen.* sive sub conditione, sive sub incertâ die relicta sit, *junct. §. ult. Cod. comm. utriusque legat.* sed feudum venditum post vasalli venditoris mortem ad agnatos vel dominum rediturum, simile est legato, sub conditione vel die incerta relictum. Quocirca evicto hoc vendito feudo pretium solutum repetere emptor à venditore potest: maximè cum licitè hoc feudum sit venditum; legatum verò illud non omninò licitè venit datur. *d. l. ult. § pen. vers. sin autem ibi, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrat. junct. vers. seq. C. d. t. Comm. d. leg. & Fideicom* Nec dici potest verè cum Fachin. *d. quæst. 14. vers. sed hac sententia legis, & vers ex his patet responsum.* & Rosentnal. *d. cap. 10. conclus. 98. num 10. textum d. l. ult.* loqui de casu, quo in venditione rei legatæ de Evictione expresse convenit. Nam in ipso casu ibi proposito nulla fit mentio stipulationis duplæ, & verbis *in §. ult.* neque duplæ stipulatione: significatur nihil aliud, quam quod emptor, licet in venditione duplæ stipulatio intervenerit, (quæ tamen ibi interposita non fuit) præter pretium nihil à venditore petere possit, ut ibidem etiam gl. exponit. Quæ sententia patet quoque ex subjectis ibi verbis: neque melioratione locum habente, ut in præmisso ibi casu melioratione nullo verbo fit mentio: ita nec stipulationis; nihilominus tamen datum pretium emptor repetere potest. Haud absurdè & illud dici potest, quod licet alias venditor rei pretiosæ, (qualis est fundus) teneatur duplum stipulanti emptori promittere. *l. 2. l. emptori 37. in princ. & §. 1. ff. h. t. n.* attamen venditorem hujus generis legati

legati ad hoc obligatum non esse. Frustra & illud quidam commiscuntur, *in dict. §. pen. & ult.* ideò pretium datum repeti posse, quod ibi agatur de venditione, quæ omninò sit nulla. Ab initio enim venditio illa non est nulla, sed valida est, at conditione, vel die incerta existente in irritum devocatur, ut loquitur textus. In irritum deduci dicitur, quod ab initio valet, sed postea infirmatur. Deducitur autem in irritum venditio illa rei legatæ non respectu contrahentium, sed intuitu legatarii, cui restituenda est res empta cum omni caussa, ut arguunt verba textus hæc. Vt nec usucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium procedat; ut & in *ejusdem l. §. quod similiter.* verba hæc: sed in his omnibus casibus legatario quidem omnis licentia pateat rem vindicare. Et quia actione ex empto pretium repetere emptor potest, ut arguunt ibi verba hæc: actionem habeat ad restitutionem pretii, haud dici potest, quod venditio ab initio fuerit nulla. Cum ergò eadem sit ratio feudi empti in proposito casu, quæ in legato sub conditione vel die incerta relicti, consequens ei est, emptorem feudi illius evicti pretium jure ex empto actione, revocare posse. Tum etiam quia solutum ex causa quadam, caussa illa finita, per condictionem solutum repeti potest: *l. 1. §. sive ab initio 2. & §. seq. ff. de condict. sine caus.* Quocirca pretium quoque ex caussa justè venditi feudi solutum repeti potest. Tum postremò, quia natura æquum est, ne quis cum damno alterius locupletetur. *l. nam hoc natura. 14 ff. de condict. indeb.* Sed boni & æqui ratio exigit, ut quod alterius apud alterum sine caussa esse cœpit, revocari possit. *l. hæc condictio. 66. ff. d. t.*

Non imminuit concluſ. nostram text. *in l. si fundum. 27. ibi, quod ea nomine dedit, contra juris poscit rationem. C. h. t. n.* Est enim de vendito fundo planè alieno. Feudum autem venditum, de quo hic agimus, non est ejusmodi. Vasallus enim in re feudali jus habet proprietatis dominio simile, cum eam quasi vindicare possit, ut antea ostendi. Nihil quoque refragatur, quod divisione inter fratres facta, & uni fratri scienti re aliena assignata, eaque evicta, non competit ei Evictionis nomine actio, nisi promissa sit Evictionis præstatio, *l. si fratres. 7 verſ. nam si fundi. Cod. commun. utriusque jud.* Est enim textus ille commodè accipiendus de Evictionis actione, quæ competit in id, quod interest, non de pretio rei. *argum. d. l. ex empto. 11. §. ult. ff. de act. empt. vend.* Quo sensu etiam accipiunt hunc locum, quos citat Fachinæ. *lib. 6. controverſ. jur. cap. 68. verſ. quinta concluſio.* Quod si quisquam textum illum exaudiendum putat etiam de rei æstimatione, dici potest; amore fratrum videri fratrem hunc tacitè donasse fratribus æstimationem rei illius. Præterea nihil officit ajenti concluſ. nostræ, quod cessat de Evictione actio,

quando ex natura rei venditæ ipsa sit Evictio : quo argumento utitur Fachinæ. *lib. 7. controv. jur. cap. 14 vers. quartò probatur.* Est enim intelligenda hæc enunciatio de Evictionis actione, quæ pleno competit jure, etiam ad id quod interest emptoris, *per d. l. ex empto. 5. ultim. ff. de act. empt. vend.* Hic autem agimus non de eo, quod interest, sed de solius pretii restitutione. Eodem modo respondendum est ad quintum & ultimum Fachinæi argumentum, *d. c. 14. vers. Quintò, quia non est propositum.*

93 Adhæc potest se author defendere adversus eum, qui litem motam ipsi non denunciavit, ut causæ agendæ assisteret, eamque instrueret.

l. Emptor. 8 & l. seq. l. cum quæstio. 17. l. si parentes. 20. Cod. hoc tit. n. l si fundo. 53. §. 1. l. si ideò. 55. §. ultim. ff. eod. l. 1. ibi, si ei denunciatum est, ut caussæ agendæ adesset. Cod. de peric. & commod. rei vendit. Quibus ex locis cognoscimus, quod simplex denunciatio non sufficiat, sed requiratur & exigatur etiam, ut venditor veniat, causæ agendæ assistat, & defendat eam. Nam desunt tamen, qui simplicem denunciationem sufficere autumant, quos refert & refutat Fachinæ. *lib. 2. cap. 34.*

94 Quod de authore dicimus, exaudiendum quoque de successore ipsius. (a) si tamen heres authoris sit pupillus, denunciatio illa tutori fieri debet, quo non apparente ipsimet pupillo fieri potest. (b)

a) *l. Cum successores. 23. C. h. t. n.* (b) *l. si dictum. 56. §. ultim. ff. eod.*

95 Fidejussori autem authoris laudati necessariò denunciandum non est: (a) ut nec Authoris authori, nisi ei cessæ fuerint actiones. (b)

a) *l. Authore. 7. C. h. t. n.* (b) *l. si res. 59. ff. eod.*

96 Sed anceps admodum quæstio est, an scienti quoque authori litem esse motam, denunciandum sit ? Ajens sententia communis, (a) & vera (b) est.

a) Vt ostendit Fachinæ. *lib. 2. controv. jur. cap. 34. vers. quod attinet. & vers. seq.* Petr. August. Morla *Emporis part. 1. tit. 9. num 39. p 397.* (b) *per text. in l. si ideò. 55. §. ult. ibi, denunciandum est, ff. h. t. n.* Confert, quod emptor teneatur non tantum simpliciter denunciare venditori litem moram, sed & interpellando monere ipsum, ut assistentiam præstet, causam instruat, eamque defendat. *l. empti. 21. C. h. t. n. l. venditor. 49. ibi*, denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet. *ff. de judic & cap. ult ibi, ut rem venditam sibi defenderet nunciare. extr. de empt. & vendit.*

97 Et licet venditor juraverit, se Evictionis judicio non defuturum, attamen ei denunciandum est, ut liti assistat, causam instruat, & eam defendat. Iura-

Iuramentum enim ſequitur naturam contractus, ſuper quo interponitur. *c. quemadmodum. extra de jurejur. & l ult. C. de non numer. pec.* Et juramentum illud ſtrictius tantùm & efficacius obligat venditorem ad comparendum in Evictionis judicio, ſi ei denunciatum ſit. Confert, quod ſicut pacto formatur & producitur tantùm obligatio, ex contractu ad agendum efficax: ita & jurejurando. *l. ſi duo. §. ſi quis juraverit. & §. Marcellus. ff. de jurejur.* Cujac. *lib. 22. obſ. c. 7. & in parat. C. de reb. cred. & jurejur.* Contrariam opinionem amplectitur Fachinæ. *lib. 2. controv. jur. cap. 33. verſ. ſed quoniam.* Cui non ſuffragatur, quod juramentum conſtituit obligatum in mora abſque interpellatione. Eſt enim enunciatum hoc dubium, & controverſum apud Dd. noſtros, ut ipſemet oſtendit Fachinæ. *lib. 3. controv. jur. c. 95.* quocirca nihil certi ex eo concludi poteſt.

Eſt & illa quæſtio anceps, (*a*) an emptor denunciationi exemplum citationis & libelli inſerere debeat? Negativa nobis probabilior videtur. (*b*) 98

a) De qua Fachinæ. *lib. 2. controv. jur. cap. 34. verſ. quod attinet ad ſecundum.* (b) Tum quia nuſquam leges de hac denunciatione loquentes requirunt, ut tranſmittatur citationis & libelli exemplum. Tùm etiam quia textus conſideratè tractantes denunciationis hujus requiſita, neceſſitatem hanc ſolùm exigunt, ut præter ipſam denunciationem, quæ neceſſaria eſt, inſuper etiam deſiderant, ut emptor requirat ab authore, ut veniat ad judicium, & liti aſſiſtat, ac cauſam defendat; neutiquam verò poſtulant, ut citationis & libelli exemplum mittatur. Probat quoque negativam poſt Rom. Petr. Auguſt. Morla *part. 2. Emporii, tit. 9. num. 39.*

Quod attinet tempus denunciationis hujus faciendæ, ſcribit de eo Pomponius his verbis: Quolibet tempore venditori denunciari poteſt, ut de eâ re agenda adſit: quia non præfinitur certum tempus in ea ſtipulatione: dum tamen ne propè ipſam condemnationem id fiat. (*a*) Ex quo IC. reſponſo intelligitur, faciendam eſſe denunciationem illam maximè intra tempus exceptionum proponendarum. (*b*) 99

a) *l. Sirem. 29 §. ult. ff. h. t. n.* (b) ut ſentit poſt alios Petr. Aug. Morla. *d. p. 2. tit. 9. num. 39.* Sed enunciato huic obloqui videtur textus *in l. qui concubinam. 29. §. ſi heres. 3. ff de legat. 3.* ubi requiritur, ut denunciatio fiat, priuſquam judicium de legati Evictione accipiat legatarius cum vindicante adverſario. Hunc nodum alii aliter ſolvunt. At remur diſtinctionem hîc eſſe inter rem legatam ab herede præſtitam, & rem venditam. Venditor ſcire debet conditionem rei venditæ: Heres verò ignorare poteſt rei à defuncto legatæ, & à ſe præſtitæ conditionem.

l. qui cum alio. 20. ff. de R. I. Interest ergò heredis, ut in exordio litis ipsi denunciatio hæc fiat à legatario, quò maturè satis expendere possit, quâ ratione consulendum sit indemnitati, vel præstando rem aliam legatario, vel de exceptionibus vindicanti objiciendis in tempore cogitando, easque in rationibus defuncti inquirendo.

100 Competit præterea defensio authori, si emptor per imprudentiam, vel sordes judicis, vel per errorem victus sit: (a) ut & si emptori culpa, aut facto ejus res empta per Evictionem auferatur. (b)

a) *l. Si per imprudentiam. 51. in pr. ff. h. t. n. l. emptor. 8. & l. si non injuria judicantis. C. eod.* Petr. Aug. Morla *part. 1. Emporii. t. 9. nu. 40. vers. sextus casus.* (b) *l. hoc jure. 27. l. si ideò 55. in pr. l. cum venditor. 66. in pr. ff. h. t. n. & d l. emptor. ibi, si in judicio emptor non adfuit. C. eod.* Petr. August. Morla *d. n. 40. vers. septimus. & ult.*

101 Similiter defensio authori competit, si à sententiâ, quâ victus est, non provocaverit emptor: modò tamen absente venditore condemnatus sit.

l. Herennius. 63. §. Gaia. 1. ff. h. t. Petr. August. Morla *d. t. 9. nu. 40. vers. sunt tamen nonnulli.*

102 Denique defendere se potest author, si is, cui res evicta est, ad Evictionis litem non idoneo, sed inexperto usus sit advocato.

Cum enim hîc culpa & factum emptoris versetur, repellitur merito exceptione hac venditoris, *per text. ad propos. 99. sub lit. d. citatos.* Et hanc post alios probat sententiam Caball. *tr. de Evict §. 3. n. 159. & §. 5. n. 40.* Pruckm. *cons. 17. n. 58. vol. 2.*

103 Postremò coronidis loco hîc omittenda non est quæstio cottidiana: An venditor litis expensas in Evictionis judicio erogatas restituere cogatur emptori re non evictâ? Negativa nobis probabilior videtur.

Est hæc inter Dd. controversa admodum quæstio, ut patet ex Fachin. *lib. 2. controv. jur. cap. 38.* sed negativam veritati consonam esse, aiunt & textus, & rationes juris manifestè. In *l. status. 18. vers. ult. Cod. h. t. n.* Impp. Dioclet. & Maximia. Eutychio cuidam generaliter rescripserunt: Si ab adversario suo vindicante rem emptam absolutus fuerit, reverti ad venditorem non possit. Quod certè rescriptum de solis expensis litis intelligendum est, quod scilicet earum nomine ad venditorem non possit reverti emptor. Vt enim ipse Eutychius de re emptâ non potuit dubitare, cum ea non fuerit evicta: sic multò minus ipsorum Impp. rescriptum illud accipiendum est de re Eutychio non evictâ. Est igitur exaudiendum de expensis litis. Vlpianus quoque ICtus in *l. ex empto. 11. §. & in primis. ff. de act. empt. vend.* ostendit, quod traditio rei venditæ Evictionis tantùm nomine venditorem obliget. Tantum, ait, Evictionis

ctionis nomine; non ergò litis expensarum nomine. Evictio enim fit ex judicis sententia à vindicante rem emptam: Expensæ autem litis fiunt ab emptore. Non ergò de Expensis obligatus est venditor. Africanus item IC. *l. servus quem. 30. §. ult. ff. d. t.* docet, quod venditor teneatur hactenus, ut rem emptori habere liceat. Hactenus, id est, non ultrà: non amplius. Si ergò res empta non sit evicta, proindeque emptori eam habere liceat, ultrà non tenetur ipsi venditor, ne quidem expensarum nomine. Similiter Modestinus IC. *in l. venditoris. 102. ff. de V. O.* tradit, quod emptoris heredes, qui vicerunt in vindicationis lite, possint ex stipulatu petere sumptus, in litem de proprietate institutam factos, si illi in ipso contractu emptionis venditionis emptori stipulanti specialiter sint promissi. Vnde sequitur, quod non promissi specialiter sumptus illi neutiquam peti possint. Æquè probatur hoc enunciatum ex textu *in l. habere licere. 57. in princ. ff hoc tit. n.* ubi Gajus IC. scribit, quod emptori adversus venditorem non competat de Evictione actio, si ei rem emptam habere liceat. Quocirca nec de sumptu in litem de proprietate ab alio motam actio competit, cum litis expensæ annexæ sint actioni principali. Ad hos juris textus accedunt etiam non levis momenti rationes; & primùm quidem hæc ratio: Injuria emptori facta non debet contingere venditorem. *d. l. si per imprudentiam. 51. in princ ff. h. tit.* Ex illa igitur injuria, quod tertius aliquis movit emptori litem de rei emptæ proprietate, non potest emptor convenire venditorem nomine sumptuum, quos in litem illam fecit. Deinde post contractam emptionem omne periculum in re venditâ ad emptorem pertinet, non ad venditorem. *l. necessariò. 8. ff. de peric. & commod rei vend. § cum autem. I. de empt. vend.* Non ergò periculum expensarum injuria vindicantis emptori creatum ad venditorem pertinet, sed ipsumet emptorem concernit. Denique casus fortuiti post contractam emptionem contingentes non ad venditorem, sed an emptorem pertinent. *l. Lucius. 11. ff. h. tit. n.* Sed lis de rei proprietate emptori post emptionem mota, est casus aliquis fortuitus, cum non incidat ex caussa quadam præcedente justa; siquidem petitor, qui evincere voluit, at non potuit, caussam agendi habuerit nullam. Non ergò litis illius expensa ad venditorem pertinet. Quæ contra hanc assertionem adferuntur, nihil quemquam movebunt, ad quæ respondet Donell. *ad l. si statua. 18. num. 2. C. h. t. n.*

CLAS-

CLASSIS III.

DISPUTATIO I.

DE TESTAMENTIS: & maximè, qui teſtamentum facere poſſint.

THESIS I.

1 DE POLLICITATIONE, PACTO, ET CONtractu, hactenus: ſuccedit quaſi contractus, *(a)* qui eſt negotium *(b)* aliquod licitum, *(c)* quo quis alii abſque conſenſu, *(d)* proprio quodam jure *(e)* obligatur.

a) Quaſi contractus eſt in ordine quarrum negotium, ex quo obligationem naſci dictum eſt *ſuprà theſ. 39. Diſput. 1. Claſſis præced.* Appellatio autem quaſi contractus hìc jure retinetur, cùm & quaſi caſtrenſe peculium dicatur. *l. ult. in princ. ibi, quod quaſi caſtrenſe peculium nuncupatur*, C. *de inoff. teſt. l 3. §. dari autem, ibi, de peculio caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi. ff de bonor. poſſ.* Diſſentit Vultejus *lib 1. Iuriſprud. Rom cap. 42.* (b) Negotium genus eſſe quaſi contractuum, arguunt abundè ſingulæ ſpecies. Donellus verò *libr. 15. Commentar. cap. 14. pag 417.* genus quaſi contractuum dicit factum. (c) Ad differentiam delicti & quaſi delicti, quod eſt negotium illicitum. (d) *tot. tit. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contract. naſc. & l. ſi quis. 5. ff. de obligat. & act.* (e) *l. 1. in princ. ibi, aut proprio quodam jure, ff. d. t.*

2 Sunt autem quaſi contractus ſpecies variæ; veluti adquiſitio delatæ hereditatis, *(a)* petitio bonorum poſſeſſionis delatæ. *(b)* Tutelæ adminiſtratio, *(c)* Curæ adminiſtratio, *(d)* negotiorum geſtio, *(e)* indebiti pura ſolutio, *(f)* communio rerum. *(g)*

a) *l. 3. in fin. & l. ſeq. ff. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eatur, l. ſi quis abſentis. 5. §. heres quoque. 2. ff. de Obligat. & Actionib. §. heres quoque. Inſtitut. de*

de oblig. quæ quasi ex contract. nasc. (b) *l. 1. ibi, commoda & incommoda. l. 2. l. 3. in princ. ibi, rei commodum & incommodum. §. bonorum, ff. de bonor poss. l. cum emancipatus, 13. in princ. ff. de bonor. poss. contra tab. l. hereditatis appellatio. 119. l. hereditatis appellatione. 138. ff. de Verbor. Significe* ( ) *d l. 5 §. Tutela quoque. ff de oblig & act. § Tutores quoque. Instit. d oblig quæ quasi ex contract. nasc.* (d) *per l. 6. l. curatoris 17. l. tutori. 20. C. de negot. gest. l. 1. §. sed esi curator. ff. de contrar. & utili act. tut.* (e) *d. l. 5. in princ. ff. de oblig. & action. §. Igitur cum quis. Instit. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* (f) *d. l 5. §. Is quoque, qui non debitum. ff de oblig. & act. §. item si cui. Instit. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc. l. si qui 13. § ult. ff. comm. d.* Dico autem, pura solutio, propter *l. 2. ff. de condict. indebit.* (g) *§. item si inter aliquos. Inst de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.*

In societatem specierum quasi contractus recipimus & alia quædam negotia, ut sunt, confusio, sive obscuratio finium agrorum absque culpa confinis facta; (*a*) judicium sive litis contestatio; (*b*) possessio rei exhibendæ: (*c*) Adquisitio rei ob causam datæ, ea causa non secuta; (*d*) Adquisitio rei ob turpem vel injustam causam; (*e*) Adquisitio rei ex causa quidem translatæ, sed quæ penes accipientem jam sine causa est: (*f*) Emptio prædii, quod quisquam alius vel ratione territorii, vel ob communem censum, ex loci statuto vel consuetudine, retrahere potest. (*g*)

a) *l. 1. ff. fin. regund. §. quædam actiones*, ubi Thomas Linius *Instit. de Action.* facit. *l. 4. §. 1. ff. fin regund.* Dissentit Oldendorp. *classe 3. act. 14. pag. 457. circa finem*, & Wesenbec. *ad dict. §. quædam actiones, Instit. de act.* Dico autem, Absque Culpa Confinis Facta, per *l. si irruptione 8. ff. fin. regund.* Quod si culpa sive dolo confinis agrorum termini turbati dicantur, ex maleficio, non quasi contractu confinis ille tenetur, *dict. l. 4. §. si dicantur. ff. fin. regund.* Vide Hieronym. de Monte *in tract finium regundor.* Vbi Alciat. *de quinque pedum præscript.* (b) *l. 3. §. Idem scribit 11. ff de pecul.* Iohan. Lopez *in tractat. de lucris marit. & uxoris, cap 12. num. 15 pag. 368.* Iohan. Oldendorp. *classe. 1. act. 12.* & Iohan. Copius, *in Methodica Institut. Analysi. tit de oblig. quæ quasi ex contractu, nasc.* Dissentit Donell. *libr. 12. Commentar. cap. 14 pag. 49.* ubi propriis sive veris contractibus judicium acceptum, asscribit. Vide Obrecht. *in tract. de Litis contestat.* (c) *l 3. §. est autem personalis, ff. ad exhib.* facit etiam, *l. Iulianus. 9. §. ultim ff dict. tit. l. penult. ff. depositi.* Vbi ad exhibendum actio dicitur actio incerti; quæ in personam est actio ex obligatione, *l. insulam 6. l ob eam causam 9. ff. de præscript. verb. l. rebus 6 C. de rerum permutat. l stipulationum quædam 74. & l. seq. ff. verb. oblig. juncta l. certi condictio 9. ff. de reb. cred.* Vultejus item *lib. 1. Iurisp. Rom. cap. 42.*

& Iohan. Althusius *lib. 1. Iurispr. Rom. cap. 44. & seq.* annumerat hoc negotium quasi contractibus Donellus verò ad exhibendum actionem ex quasi contractu nasci planè negat, *in §. omnium autem, num. 14. Instit. de Act. & lib. 20. Commentar. cap. 9* Dico autem, POSSESSIO REI EXHIBENDÆ, non dico, EXHIBITIO. Nam possessio ejusmodi rei, est causa actionis ad exhibendum, *l. 3. §. ult. & l. seq. ff. ad exhib.* Actionis autem illius effectus est ipsa exhibitio, *l. 2 & tot. ff. ad exhib.* Vultejus tamen *dict. cap. 42.* & Althus. *d. cap. 44. & seq.* ipsam exhibitionem appellant quasi contractum. (d) Quemadmodum enim ex pura indebiti solutione nascitur condictio indebiti, extra id quod agitur, *d. l. is, qui commodatum 13. §. ult. ff. commodati*, Sic & condictio causa dati causa non secuta, præter conventionem partium ex bono & æquo nascitur, *l. in summa 65. §. quod ob rem. ff. de condict. indeb. l. naturalis. 5. §. 1. & 2. ff. de præscript. verb. l. 3. §. 2. & 3. & tot. tit. ff. de condict. caus. dati caus. non secuta.* Dissentit Donell. *lib. 4. Comment. cap. 24. & lib. 12. cap. 13. pag. 46. circa finem, & ad Rubr. ff. de reb. cred. cap. 1. num. 24.* Item Oldendorp. *class 6. act. 4. pag. 978.* Vide Cludium *de condiction.* (e) Nam & condictio ob turpem vel injustam causam nascitur extra id, quod agitur, inter partes ex æquo & bono, uti arguit *tot. tit. ff. & C. de condict. ob turpem causam.* Dissentit Donellus *dict. lib. 12. Commentar. cap. 13. pag. 46. in fin.* ubi hanc condictionem ex vero contractu nasci tradit. Vide eundem Donellum de eadem condictione *lib. 14. Commentar. cap. 25.* (f) De hac specie quasi contractus, & ejus actione, *est tit. ff. de condict. sine causa.* (g) Ejusmodi statutum viget in hoc Ducatu Württembergico. Daß einer die Marck oder Zinßlosung gegen einem Käuffer hat. Fürstenthumbs Württemberg Landrecht das Alte / *fol. 209.* Das Newe *part. 2. Titul. 16.* Item Landsordnung / *fol. 34. 98. & 43.* Quia verò actio retractus, licet sit in possessorem rei, quæ retrahitur, personalis tamen actio est. Tiraquell. *de Retract. lignag. §. 8 gl. 5. num. 7. cum seqq.* ergo ex quasi contractu, cùm neque ex vero contractu, neque ex delicto, neque ex quasi sit delicto. De retractu vide Tiraquell. *d. utroque retract.* & Afflict. *de jure prothimiseos.* adde Excellentiss. Dn. Besold. *part. 2. ad Ducat. Wurtemberg. Stat. thes. 70. & seqq.*

4 Similiter quasi contractus Species & hæc sunt negotia: Exercitio navis, unde exercitoria actio; (*a*) institoris negotiationi alicui præpositio, unde institoria actio: (*b*) Negotiatio filiifam. vel servi in merce peculiari, unde tributoria actio; (*c*) Possessio peculii filiifam. vel servi, qui ignorante patre vel domino possessore, in merce peculiari negotiatus fuit: vel sciente patre aut domino, extra peculiarem mercem negotium aliquod gessit, unde actio de peculio: (*d*) In rem patris vel dominí

mini versio illius, quod filiusfam. vel servus ex quodam contractu cum aliquo facto adquisivit, unde actio de in rem verso. (e)

a) *Tot. tit. de exercitor. action. l. etsi à muliere. 4. C. de Inst. act.* Cùm exercitor navis quasi delinquere dicatur, si in ejus nave quisquam delinquat. §. *Item exercitor navis. Inst. de oblig. ex quasi delict. l. ultim. ff. naut. caup. stabul. l. si quis absentis. 5. §. uls. ff de Oblig. & Action.* cur non & quasi contrahere diceretur cum iis, qui cum magistro navis contrahunt, cùm ex hujus contractu obligetur? (b) *tot. tit. ff. de Instit. actio l. 1. 2. & 3. C. d. tit.* vide Stracham & Scacciam *in tract. de mercatur.* adde Saterni *Mercat. Iurispr.* (c) *tot. tit. ff. de tribus. act.* (d) *tot. tit. ff. de pecul. & tit. seq.* (e) *tot. tit. ff. de in rem verso.* Prædictas actiones omnes in personam esse, in dubium est: quia autem ex vero contractu non sunt, neque ex delicto, aut quasi delicto: sequitur ex quasi contractu esse, *t. t. Inst. de oblig. quæ ex quasi contract. nascuntur.*

De prædictis illis quasi contractus speciebus ordine agemus: & primum quidem de adquisitione delatæ hereditatis, circa quam inspectio quadruplex incurrit: una quid sit hereditas: altera quid sit deferre hereditatem, & quibus modis hereditas deferatur: tertia de adquisitione & omissione delatæ hereditatis: quarta, de obligatione, quæ ex hereditatis adquisitione, illo quasi contractu nascitur.

Hereditas est jus (a) universum, (b) quod defunctus tempore mortis (c) habuit.

a) *l. 1. §. 1. ff. De divis. rer. §. incorporales autem, Inst. de reb. corpor. & incorpor. l. hereditas. 50. in princ. ff. de petit. hered. l. 3. §. 1. ff. de bonor. poss. l. hereditatis appellatio. 119. l. pecuniæ. 178. §. hereditas, ff. de verb. signific.* (b) *l. hereditas nihil aliud. 62. ff. de reg. jur. & l. nihil aliud. 24. ff. de verb. signif. l. heres in omne. 37. ff. de adquir. hered. l. 1. & 3. ff. de bonor. possess. l. 2. C. ad Senatusconsultum Trebell. dict. l. hereditatis appellatio. 119. ff. de verb. signif.* (c) Viventis enim nulla est hereditas. *l. 1.* ubi gloss. & Dd. *ff. de hered. vel act.*

Deferre autem hereditatem, est aliquem vocare ad hereditatem, & potestatem ejus adquirendæ illi tribuere.

Per l. delata. 151. ff. de verb. signif.

Et nemo hereditatem adquirere potest, nisi ei priùs delata fuerit.

l. Si quis extraneus 21. §. sed ita demum., l. in plurium 70. ff. de adquir. vel omit. hered. l. licet 8. & l. seq. C. de jur. deliberand.

Defertur verò hereditas vel testamento, vel lege, ab intestato. (a) Illa dicitur testamentaria; hæc legitima hereditas. (b)

a] *l. Si curatoris. 9. C. de jur. delib. d. l. in plurium 70. ff. de adquir. vel omit. hered. §. ult. Inst. per quas person. cuique adquir. & Rubr. Inst. de*

hered. quæ ab inteſtat. defer. (b) *l. Quod autem, 6. §. 2. ff. Quæ in fraud. creditor.*

Cæterùm, quia prior eſt cauſa hereditatis, quæ teſtamento defertur, quàm quæ defertur ab inteſtato. [a] Idcircò primò omnium de teſtamento diſpiciemus. Eſt autem TESTAMENTUM ultima [b] alicujus (c) juſta (d) voluntas de rebus (e) poſt mortem (f) ſuam alicui adquirendis. (g) Ita dictum à teſtatione mentis, (h) id eſt, animi & voluntatis. (i)

a) *l. Quamdiu 89. ff de Reg. Iur. l. Illud 77 ff de adquir. vel omit. hered. l. antequam. 8 C de ſucceſſion. l. ſi quis ſub conditione 11. ff de teſtam. tut. §. ultim Inſt per quas perſon. cuique.* In fronte quæritur, teſtamenti factio cujus ſit juris, de qua vide Covarruv. *var. reſol. libr. 3 cap. 6. num. 7.* Arumæ. *exercit. 7. th. 3.* Treutl. *vol. 2. diſp. 10 th. 1.* Gilcken. *de præſcript. part. 3. cap. 3. num. 150. & ſeqq.* (b) Vltima dicitur voluntas *in l. ultim. §. ult. C de Codicill. l. 1. C. de SS. Eccleſ. l. furioſum 9. C. qui teſt. fac. poſſ.* poſtrema voluntas *in l. à qua ætate. 5. ff. qui teſtament. facer. poſſunt.* ultima diſpoſitio *in l. hac conſultiſſima. 8. C. d. t.* ultimum elogium *in d. l. furioſum 9. C. eodem t.* poſtremum judicium *in l. 4. C. d. t.* (c) Dico ALICUIUS, non dico ALIQUORUM; primò ad differentiam donationis mortis cauſâ, quæ & ipſa quidem ultima voluntas eſt, *l. ult. C. de donat. cauſ. mort.* At non unius & ſolius donatoris, ſed & donatarii: quippe cùm ſit conventio quædam, *l. inter mortis. 38.* ubi gloſſ. Bart. & alii *ff. d. t. l ſed interim 11. §. quando itaque, ff. de donat. inter vir. & uxor.* quæ eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus, *l. 1. §. conventionis, ff. de pact. l 3. ff. de pollicitat.* Deinde ea dictione ideò utor, quòd teſtamentum ex alieno arbitrio non pendet, *l. iſta inſtitutio. 32. in pr. ff. de hered. inſt* unde quis rogari non poteſt, ut heredem inſtituat aliquem, *l. filiifam. 114. §. ut & quis heredem, ff. de legat. 1.* neque valet teſtamentum ad ſimplicem alterius interrogationem factum, Molinæ. *conſil. 34. num. 6.* vide quoque Menoch. *de præſumpt part. 2. lib. 4. præſumpt. 8.* Item Zaſ. *conſil. 3 numer. 37. vol. 1. & conſilium duorum Dd. Lovanienſium, quod eſt 32. inter conſilia Molinæi, ubi num. 12.* ex dicto conſilio Zaſii docetur, tribus concurrentibus valere teſtamentum ad interrogationem alterius factum. 1. Vt teſtator articulatè loqui queat. 2. neceſſe eſt, quod animum teſtandi habuerit, & is qui interrogat ad hoc ſit adhibitus, & per teſtatorem rogatus, ut eum actum explicet. 3. quod non ſit præſumptio, teſtatorem ad importunam præſentium inſtantiam reſpondiſſe. vide de hac re Hartm. Piſtor. *obſerv. 4.* Reuſner. *vol. 1. conſil. 17.* (d) *l. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Eſt autem juſta voluntas, quæ ſecundum regulas Iuris de teſtamentis ordinandis expoſita eſt, *l. 4. ff. d. t.* Duar. & Cujac. *ad dict. l. 1. ff. eodem.*

ff. eodem. An testator præsumatur dolo vel metu inductus ut testetur disquirit Mantica *de conject. ultim. volunt. lib. 2. tit. 7.* (e) Dico generaliter, DE REBUS, non addo SUIS; quia de alienis quoque rebus testamento suo quis disponere potest. §. *non solùm autem. & §§. seqq. Instit. de legat.* (f) *d. l. 1. ff. qui test. fac. poss.* Est igitur ambulatoria testatoris voluntas usque ad extremum vitæ spiritum, *l. 4. ff. de adim. leg.* in tantum, ut nemo sibi possit legem dicere, ut à priori voluntate non recedat, *l. si quis 22. ff. de leg. 3.* atque hinc libertas testamento relicta non debetur vivo testatore, licet post annum, quàm testamentum factum erit, servus liber esse jussus sit, *l. qui duos. 18. in fin. ff. de manumiss. test.* (g) § *hactenus tantisper. & §. seq. Inst. per quas person. cuique adquir. & l. t. ff. de adquir. vel omit. hered. §. extraneus Institut. de hered. qual. & differ.* (h) *Inst. de test. ordinand. in pr. l. qui testamento 20. §. & veteres. l. unum testamentum 24 ff. qui testam fac. poss Vlp. in Inst. tit. 20. de testam. in pr.* (i) *l. 2. & l. in adversa 17. ff. qui test. fac. poss* atque hac interpretatione tollitur reprehensio Gellii, *lib. 6. Noct. Atticar. c. 12.* & Laurent. Vallæ. *lib. 6. elegant. c. 37.* ubi hanc testamenti notationem plus æquo exagitant, vide Reusnerum *in tract. de testam. part. 1. c. 7.* Cujac. *lib. 11. obs. 37. & lib. 26. obs. 40.* Coras. *lib. 3. miscell. c. 22. n. 4.*

Discedit autem testamentum in species duas: quarum prior est testamentum ita propriè & in specie dictum; altera verò Codicillus. 11

Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 3. num. 6. 7. & 8.* ubi ostendit authoritate gl. & Dd. quod Codicilli veniant etiam generali appellatione testamenti. Idem quoque docet Iason. *in l. non Codicillum. 14. num 2. C. de testam.* Simon. de Prætis *lib. 2. de interpretat. ultim. volunt. solut. 10. num. 33. fol. 171.* & convincitur *ex Rubr. & pr. tit. Inst. de testam. ordinand.* Sic qui tantùm fideicommissum relinquit, testator dicitur *in l. Pamphilo 39. §. 1. ff de legat. 3* Specialiter tamen testamentum distat à Codicillo *d. l. non Codicillum. 14. C. de testament. & l. 3. §. si quis Codicillos, ff. de SC. Syllan. l. si idem Codicilli 7. & l. ult. C. de Codicill. l. si quis. 22. in pr. ibi, eodem testamento vel Codicillis. ff. de leg. 3. l. generali 13. C. de SS. Eccles. l. 3 in pr. C. de bon. libertor.* De variis testamentorum divisionibus vide Reusnerum *tr. de testam part. 1. 6. 11.*

Testamentum est, quo quis præter reliquam dispositionem sibi directò heredem instituit. 12

§. *Codicillum autem. Inst. de Codicill d. l. non codicillum. 14. C. de testam. l. 2. C. de Codicill. l. quærebatur. 19. §. 1. ff. de testam. milit. l. illud enim. 13. §. 1. ff. de jur. Codicill. l. 1. in fin ff. de vulg. & pupill. substit. l. hac consultissima 8. vers. quæ in eundem modum, C. qui testam. fac. poss. l. hereditas, C. de pact. convent.* Cujac. *in tract. ad African. 2. in explicat. l. 15 ff. de jur. Codi-*

vill. pag. 52. Facit huc, quòd directa heredis institutio est quasi caput & fundamentum totius testamenti. §. *ante heredis*, *Inst de legat.* Sufficiunt autem ad hæredis institutionem qualiacunque verba. Mynsing. *resp.* 3. *n.* 18. Wesenbec. *cons.* 29. *n.* 22. *& seqq. part.* 2. *& in parat. ff. de haredib. instituend.*

13 Duplex autem circa testamentum inspectio incurrit; una ordinationis, altera infirmationis testamenti.

Arg. tit. Inst. de testam. ordin. & tit. quib. mod. test. infirm.

14 Ordinatio testamenti est ipse actus, quo testator ultimam suam voluntatem exponit. (a) Eaque etiam testamenti factio dicitur, quæ non privati, sed publici iuris est. (b)

a) *Tit. Instit. de milit. testam. in princ. & l. unic. in princ. ff. de bonor. possess. ex testament. milit.* (b) *l.* 3. ubi Cujac. *ff. qui testament. fac. poss. l. testandi* 13 *C. de testament.* Idem Cujac. *in Comment. in lib.* 14. *quæst. Papiniani pag.* 369. Francisc. Balduin. *in Iustiniano pag.* 134. Pater igitur filiofam. testamenti factionem dare non potest, *l. qui in potestate.* 6. *in pr. ff. qui test. facer. poss.* Neque patronus liberto suo, *l. Paulus.* 47. §. *patroni. ff. de bonis libertor.* Cœpen. *lib.* 1. *observat.* 105. Cui juri testamenti factio adscribatur tradit Arumæus *exercit. Iustin* 7. *thes.* 3. Reusner. *de testam. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 2. *& 17.*

15 In ordinatione sive factione testamenti animadvertendum, primò an is, qui testatur, testamenti factionem, id est, jus testandi habeat: deinde si habeat, an secundum Regulas juris testetur.

l. Si quæramus. 4. *ff. qui testament. facere possunt.* Vide Menoch. *consil.* 224. *num.* 13. 14. *& num.* 15. *lib.* 3.

16 Quisque autem testamenti factionem habere dicitur, nisi jure certo testari non possit.

Lex enim 12. tab. his generalibus concepta est verbis: uti quisque legassit, ita jus esto. *l. verbū legis.* 120. *ff. de verb. significat.* Qui testamenti factionem habeant ostendit Cœpen. *dict. lib.* 1. *observ.* 107. Paul. Christinæ. *decis. Belgicar. vol.* 4. *decis.* 4.

17 Testari jure non potest aliquis: vel quòd lege naturæ ad testandum ineptus est: vel quòd lege civili prohibetur testari.

18 Lege naturæ ad testandum ineptus est impubes, (a) qui ne quidem ex concessione principis testari potest, (b) licèt sit tribunus militum. (c)

a) *l. Si frater.* 4. *C. qui testam. fac. poss. & l. à quæ ætate.* 5. *ff. eod.* §. *præterea. Inst. quib. non est permiss. fac. testam.* Iure Würtembergico etiam minor sedecim annis testari prohibetur. Neu Landrecht. *part.* 3. *t.* 21. §. 1. *pag.* 327. Dn. D. Besold *disp.* 3. *Iur. Wurtt. thes.* 6. *&* 7. Thesaur. *decis.* 27.

cif. 87. (b) Vide Iaſon. *in l. reſcripta 7. n. 10. C. de precib. Imp. offer.* (c) *l. ult. C. de teſt. milit.*

Eodem etiam jure ad teſtandum ineptus eſt furioſus, eo tempore, 19
quo furore corripitur, (a) ut & mente captus. (b) Fatuus tamen, qui ſenſum & intellectum habet, poteſt teſtamentum facere.

a) §. *Item furioſus. Inſt. qui teſtament. fac. poſſ. l. filiuſf. 16. ff. d. t. l. furioſum. 9. C. eod. l. 1. §. exigit. ff. de bon. poſſ. ſecund. tab. l. in negotiis 5. ff. de R. I.* Reuſner. *vol. 1. conſ. 18.* Dilucida tamen intervalla habens, ſi teſtamentum condat præſumitur illud feciſſe tempore ſanæ mentis, etſi non ſit probatum. Menoch. *lib. 6. præſumpt. 44. in fin & præſumpt. 45. n. 59.* Gerhard. *diſp. de teſtamentis. 1. theſ. 25. & ſeq.* Diſſentit Plebſt. *in diſp. 3. ad Stat. Wirtt. th. 12.* (b) *l. 2. l. in adverſa. 17. ff. qui teſt. fac. poſſ.* (c) *arg. l. 4. C. Qui teſtam. fac. poſſ.* vide Michael Graſſ. §. *Teſtamentum quæſt. 21. num. 7.* Sed an teſtator tempore conditi teſtamenti præſumatur ſanæ mentis fuiſſe? examinat Mantica *de conjectur. ultim. volunt. lib 2. titul. 5.* Quid in mortis articulo conſtituto exiſtimandum. vide *ibid. t. ſeq.*

Lege item naturæ ad teſtandum ineptus eſt mutus literarum igna- 20
rus; ut & mutus ſurdus naturâ: item mutus ſurdus ex caſu ſi literas neſciat.

l. Diſcretis. 10. C. qui teſtam. fac. poſſ. l. qui in poteſtate. 6. §. ult. ff. d. t. §. ſurdus & mutus, Inſtit. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtament. Balbutientis teſtamentum an valeat diſquirit Cœpen. *enucleat. q. 1. decad. 2.*

Miles tamen mutus & ſurdus ex caſu, licet ignoret literas, teſtamen- 21
ti factionem habet.

§. *Quinimò & mutus, Inſtit. de teſtament. militar. l. 4. ff. eod.* Vide tract. meum. *de jure belli & duelli, lib. 1. cap. 21.* & Enenckel. *de privil. milit.*

Cæcus quoque, ſi fari nequeat, haud jure teſtabitur. 22

l. Hac conſultiſſima. 8. C. qui teſt. fac. poſſ. olim ſi accire teſtes & audire eos poterat, cæcus rectè teſtabatur. Iul. Paul. *lib. 2. ſent. tit. 4. §. cæcus* ubi Cujac.

Lege civili qui prohibentur teſtari, eorum duo ſunt genera: Pri- 23
mum eſt eorum, qui cives Romani non ſunt, veluti ſervi noſtri: (a) Item capti ab hoſtibus: (b) quorum tamen teſtamenta ante captivitatem facta, licèt re ipſa videantur irrita, fictione tamen juris valent; & quidem jure poſtliminii, ſi redierint in orbem Romanum: lege verò Cornelia, ſi in hoſtium poteſtate deceſſerint. (c)

a) *l. Filiusfamil. 16. in princ. ff. qui teſtam fac. poſſ.* (b) §. *fin. Inſtit. quib. non eſt permiſſ fac. teſtam. l. ejus 8. in pr. ff. qui teſtament. fac. poſſ. l. facere teſtamentum 10. ff. de teſtam. milit.* (c) *l. 3. Cornel. 18.* ubi vide Cujac.

ff. qui

ff. qui testament. fac. possunt. §. ultim. Instit. quib. non est permiss. fac. testament.

24 Ejusdem quoque generis sunt obsides Romanis dati: nisi eis testari permittatur à Principe.

l. Obsides. 11. ubi Iacob. Cujac. *ff. qui testament. facere possunt.* facit *l. Divus 31. ff. de jure fisci.*

25 Continentur sub eodem genere deportati, (a) quales sunt hodie proscripti, sive in Imperii bannum declarati, (b) donec restituti fuerint.

a) *l. Ejus 8. §. 1. ff qui testament. facer. poss §. minor. Inst. de capit. deminus.* (b) Andreas Gail. *libr. 1. de pac. publ. cap. 13. num. 8.* Fürstenthumbs Würtenberg Neu Landrecht / *pagin. 329.* Reus criminis capitalis, an & quatenus ante vel post condemnationem testamentum facere possit? tradit Berlich. *tom. 3. conclus. 8.* Peregrin *de jure fisci. lib. 3. titul. 2.* An valeat legatum uxori relictum à marito ad mortem condemnato: Modestin. Pistor. *quæst. 13.*

26 Alterum genus eorum, qui lege civili prohibentur testari, comprehendit primò eos, qui à lege ita ob delictum notantur, ut nominatim intestabiles esse jubeantur; (a) quales sunt, qui vetitas & incestas nuptias contraxerunt, qui per testamentum extraneis nihil relinquere possunt; (b) item qui ob carmen famosum damnati. (c) Et manifestus usurarius, donec de usuris non satisfacerit. (d)

a) *l. Is cui lege. 18. §. ultim. l. cum lege. 29. ff. qui testam fac. poss.* (b) *l. si quis incesti. 6. C. de incest. & inutil. nupt.* (c) *d. l. is, cui 18. §. ult. ff. qui test. fac. poss. l. ob carmen, ff. de testib.* (d) *cap 2. extr. de usur. in sexto.*

27 Complectitur idem genus tum filium famil. (a) & ex Iure Iustinianeo Monachum: (b) tum prodigum, (c) & eum, qui de statu suo dubitat, vel errat in suo statu, aut ignorat suum statum, vel de eo incertus est: (d) tum denique eum, qui ob delictum damnatus, bonis omnibus exutus est: (e) ut & perduellem etiam ante accusationem & condemnationem. (f)

a) *Instit. quibus non est permiss facere testament. in pr. l qui in potestate. 6. in pr. l. filiusfamilias 16. ff. qui testament. fac poss. l. pen. C. dict. tit. l. ultim. §. ipsum autem filium, vers filius autem familias, C. de bon quæ liber.* De castrensi tamen, & quasi castrensi peculio rectè testatur filiusfam. *§. ult. Instit. de milit testament. l. 2 ff de castr. peculr. l. ult. C. de inoff. test. l. 3. § dari ff. de bonor. possess. l. filiusfam. 7. § ult. in fin. ff. de donat. l. Marcellus 15 ff demort caus. donat.* (b) *Novell. 5 cap. 5. Auth. ingressi, C. de SS. Eccles.* Viglius. *ad tit. Instit. Quib. non est permiss. facere testament. in princ.*

num. 6.

num. 6. (c) l. is cui 18. ff. qui test. fac. poss §. Item prodigus. Instit. quib. non est permiss fac. testam. (d) l. qui in testamento 14. & l. seq. ff. qui testament. fac. poss. vide l. ex militari. 11. §. pen. & ult. ff. de test. milit. Vip. lib. Instit. tit. 20. de Testament. (e) l. ejus qui. 8. §. 1. & ult. & l. seq. ff. qui test. fac. poss. l. si quis filio 6. §. sed etsi quis fuerit, ff. de injust. rupt. irrit. fact. test. l. ex judiciorum 20. in princ. ff. de Accusat. facit l. post contractum 15 ff. de donat. (f) l. donationes 31. §. ult ff. de donat. l. 5. §. emancipationes, l. ult. §. sic & divi Severus, C. ad l. Iul. majest. d. l. ex Iudiciorum 20. vers. excepto, ff. de Accusat. & l. quæsitum 15. ff. qui & à quib. manumiss. lib. non fiant, Andr. Gail. lib. 1. de pac. publ. c. 19.

Cæterum in quæstionem vocatur, possitne filiusfam. testamentum condere de Adventitiis bonis, quæ pleno jure habet, ut nec ususfructus vel administratio eorum ad patrem pertineat? Vaudus quidem præter alios id affirmat; (a) verùm id planè negant Viglius, (b) Cujacius, (c) Balduinus, (d) & Donellus, (e) & rectè quidem. (f) 28

a) libr. 1 var. quæst. quæst. 1. per Novell. 117. cap. 1. Idem sensit ante Vaudum Decius ad. l 3. §. 1. num. 13. & ad. l. pen. Cod. qui testam. fac. poss. Wurmser. lib. practic. observ. tit. 39. observ. 16. num. 4. & 5. Cravett. consil. 543. & 555. Sentit Idem Gothofred. ad. dict. l. 3. § 1. Cod. qui testam. facer. poss. & Treutler. vol. 2. disput. ff. 10. thes 2. lit. C. & disput. 11. thes. 2. lit. A. (b) in §. 1. num. 16. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. (c) ad dict. Novell. 117. cap. 1. (d) in Iustiniano pag. 136. (e) lib. 6. Commentar. cap. 5. (f) per l. pen. & ult. C. qui testam. fac. poss & arg. l. Imperator 50. ff. ad SCtum Trebell.

Miles tamen filiusfam. etiam de bonis adventitiis condere testamentum potest, (a) ut & alius quisque miles, licet de statu suo dubitet, (b) aut deportatus, vel aliter ex militari delicto capite damnatus sit, de bonis castrensibus vel quasi castrensibus: si non sacramenti fides rupta sit. (c) 29

a) §. Denique Instit. de milit. testam. l. miles 22. ff. de testam. milit. junct. l. cum oportet 6. Cod. de bonis, quæ liberis, quæ lex cum triennio ante Digestorum compilationem lata sit, de adventitio peculio haud ineptè intelligi potest, d. l. Miles. 22. ff. de testament. milit. & text. in d. §. Denique Institut. de milit. testament. (b) l. ex militar. 11. §. si miles incertus, & §. seq ff. dict. tit. (c) d. l. ex militari 11. in princ. ff. d. tit.

Quod si autem quis testamentum faciat, qui ex prædicta aliqua causa Ius testandi non habet, licet postea impedimenti causa remotâ decedat, nihilominus tamen ejus testamentum inutile manet. 30

l. Si filiusfam. ff. qui testament. fac. poss. l. 1. §. exigit prætor. vers. proinde & vers. sed etsi filiusfamil. ff. de bonor. poss. secund. tab. §. præter hos igi-

Digitized by Google

tur. Institut. quibus non est permiss fac. testam l. quod initio 210. ff. de Regul. Iur. l. 1. ff. de Reg. Caton.

51 Testamentum tamen, quod ab eo factum est, qui habuit testamenti factionem, licet is postea in eum incidat casum, quo amittat Ius testandi, veluti si furiosus aut mente captus efficiatur, vel mutus surdus fiat, salvum & utile manet.

§. Furiosi autem, & §. item prodigus. Instit. quib. non est permiss fac testam. l. 1. §. si quis autem 9. ff. de bonorum possess. secund. tab. l. ii cui. 18. in princ. & l. qui in potestate 6. §. 1. ff. qui test. fac. poss.

Clas. III. Disputat. II.

De Testamenti Solennitate.

Thesis I.

1 EXposito, quæ personæ Testamenti factionem habeant, quæ item non habeant: proxima erit inspectio de Regulis Iuris Civilis, secundum quas, testamenti factionem qui habent, testari jubentur.

l. Si quæramus 4. ff. qui testam. fac. poss. & l quidam. 14. in princ. vers. ego autem, ibi, Esse enim debet, cui detur; deinde sic quari, an datum consistat: ut non ante Iuris ratio, quam persona quærenda sit, ff. de Iur. Codicill.

2 Ejusmodi autem regulæ Iuris concernunt, vel testamenti solennitatem, (a) vel partes testamenti. (b)

a) *l. Errore. 7. & l. casus 8. l si non speciali 9. l. si unus. 12. l. omnium. 19. Cod. de testament.* Forensis tamen testamentum condere potest secundum statuta loci ubi testatur: Hartman. Pistor. *observat. 25* Dn. D. Besold. *disput. 3. ad Stat. Würtenb thes 3 ubi citati* Stephani *de jurisdict. lib. 1. cap. 33. num 55. & seqq.* Supr. *class. 1 disput. 3 thes. 43.* Sed an testamentum secundum statutum & solennitatem istius loci ubi quis moritur, conditum, an valeat ubique etiam ratione bonorum extra territorium existentium? Vide Dn. D. Besold. *in præcogn. ff. d. Instit. & Iur. leg 9 quæst. 5.* Gail. *lib. 2. obs. 123.* Cœpen. *lib. 1. observ. 21. & decis. 45.* Christinæ *vol 1. decis. 51.*

decis. 51. Cravett. *consil. 903.* (b) §. *ante heredis. ibi, veluti caput, & fundamentum intelligitur totius testamenti, heredis institutio, Institut. de legat. l. non codicillum 14. Cod. qui testament. fac. poss.* Quibus ex conjecturis colligatur, voluisse quem testari in scriptis vel per nuncupationem. vide Manticam. *de conjectur ultimar. volunt. lib. 1. tit. 7.*

Regulæ, quæ testamenti solennitatem concernunt, vel Iuris sunt communis, ut quæ universis civibus Romanis certum modum & formam præscribunt, secundum quam testamenta sua ordinare tenentur: nisi ipsis Iure singulari, & speciali privilegio, ea forma, & solennitas remissa sit: (a) vel sunt Iuris singularis. (b) 2

a) §. *Illis autem temporibus, ibi, jure tamen communi, §. sed hactenus, ibi, communi omnium civium Romanorum, & §. ult. ibi, sed jure communi, Institut. de milit. testament. l. 3. ibi, communi jure testari Item, ibi, jure communi testari. l. Tribunus 20. in princ. l. militis 36. §. Veteranus, l. qui dicitur 38. § miles, ff. de testam. milit. l. 3. Cod. dict. tit* Vbi quæritur an Principes Germaniæ absque solennitatibus juris testari possint? de qua vide Dn. D. Besold. *de Monarchia. fol. mih. 191. & de succeff. & elect. fol. 41. numer. 10.* (b) *l. 2. ibi, propria, & singularia jura, ff. d. t. l. jus singulare. 16. ff. de legib.* Cœpen. *lib. 1. observat. 108.*

Solennitas testamenti Iuris communis duplex est: publica, & 4 privata.

Dict. l. omnium 19. in princ. C. de testament. Testamentum an præsumatur solenne, tradit Mantica *de conjectur. ultim. volunt. lib. 2. tit 9.*

Publica Testamenti solennitas est, quæ fide publica, quâ testamen- 5 tum munitur, continetur.

Dict. l. omnium 19. in princ. C. de testam. junct. l. ult. C. de re judicat. An testamentum quod non habet juris solennitatem in foro conscientiæ sit exequendum. Mantica *dict. loc. tit. 14.*

Ejus species duæ sunt: una, si testamentum à testatore per libellum 6 supplicem Principi, in ejus scrinia referendum, intimetur, & in consistorio illius, inter proceres auditorii lectum, vel monstratum, in ipsa scrinia per Magistrum libellorum referatur, ut in iis, usque ad mortem testatoris asservetur.

Dict. l. omnium 19. C. de testam.

Altera species est, si testator testamentum suum actis alicujus Iudi- 7 cis insinuet: veluti, si coram judicio ultimam suam voluntatem Iudici, vel palàm exponat, vel scripto comprehensam offerat, petens, ut in acta referatur.

Dict. l. omnium. 19. vers. sicut ergò securus erit. Vbi Iohan. Dauth. *pag. 567. & seqq. Cod. de testament. l. In donationibus 31. Cod. de donat.* Do-

nell. *libr. 6. Comment. cap. 6. in fin.* Offerre tamen ipse cogitur testamentum. Gerhard. *disput. d. testam. 2. thes. 10.* Non per alium, nemo enim per procuratorem testari potest. Schæffer. *3. quæst. 4. & 23.* rectè tamen testatore præsente proponit Advocatus. Dn. Besold. *disputat. 3. thes. 23. ad I. W.* Atque hanc testamenti ordinationem, & solennitatem probat etiam Ius Würtembergicum, das Alte / *part. 3. pag. 266. & seq.* das Newe / *part. 3. titul. 3. form. 1. pagin. 332.* de ea vide quoque Bernhard. Wurmbser *lib. practic. observat. tit. 36. de testam. observat. 2.* Hujusmodi Testamentum, alios testes non desiderat. Mynsing. *cent. 6. observat. 29. num. 4. & seq.* Fachinæ. *lib. 6. controvers. cap. 86.* Hartman. Pistor. *lib. 3. quæst. jur. quæst. 28.* consultat. constitut. Saxon. *part. 2. quæst. 30.* Sed vide Guiel. Benedict. *ad c. Raynutius, extr. de testament. part. 1. in verb. Testamentum, num. 18. pag. 149.* Et potest hoc testamentum apud acta, die feriato condi. Dn. Besold. *disput. 3. ad I. W. thes. 12.* Vbi alia hujus testamenti requisita habet.

8 Privata testamenti solennitas est, quæ testamento fidem tribuit privatam: ut, si testator mentis suæ postremum judicium auribus privatorum testium publicet; eaque duplex est, communis, & propria.

Dict. l. omnium 19. vers. sicuti ergo, ibi, aut auribus privatorum mentis suæ postremum publicavit judicium, C. de testam.

9 Communis solennitas testamenti est, quæ pertinet ad omne testamentum, sive per scripturam, sive per nuncupationem ordinetur. Eaque in tribus consistit: convocatione testium: ipsa voluntatis ultimæ testatione: & testationis contextu uno.

De his testamentorum solennitatibus, *vide tom. 1. Consil. Argentor. consil. 61. per tot.* & Modest. Pistor. *quæst. jur. 30.* & Matth. Wesenbec. *consil 38.*

10 Convocatio testium est ipsa collectio, & adhibitio necessariorum testium. Eaque tria desiderat: idoneam singulorum testium conditionem: rogationem testium: & solennem testium numerum.

An testes testamentarii præsumantur idonei vide Manticam *de conjectur. ultimar. voluntat. lib. 2. t. 10.* An rogati. *eod. libr. tit. 11.* An notarius præsumatur rogatus *eod. libr. t. 12.*

11 Idonea testium conditio est, si cum ipsis testamenti factio sit, (a) id est, si vel ipsi testamentum facere, vel ex testamento alieno quid capere possint: (b) qualis conditio spectatur eo tempore, quo adhibentur. (c)

a) §. *Testes autem adhiberi, Inst. de testam. ord. Constitutio Maximiliani Imp. edita Coloniæ, Anno 1512. quæ extat in recessib. Imperii, pag. 104. fac. 2.* (b) *gl. add. §. testes autem, Inst. d. t.* Nam & hi testamenti fa-

ctio-

ctionem habere dicuntur, *l. nemo potest 7. ff. pro legat. l. filiusfam. 16. in princ. & §. 1. ff. qui testament. fac. poss. l. non minus 31. ff. de hered. Institut.* Non minus, quàm illi, qui jus faciendi testamentum habent. *l. si quaramus. 4. ff. qui testam. fac. poss.* (c) *l. ad testium 22. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.* Cœpen. *1. obs. 108.* Honded. *cons. 77. vol. 1.*

Non omnis tamen, qui testamenti factionem habet, testis hic adhi- 12
beri potest: sed vel naturâ, vel lege adhiberi aliquis prohibetur.

Naturâ prohibetur impubes, furiosus, mente captus, mutus, sur- 13
dus, (a) cæcus. (b)

a) §. *Testes autem. Inst. de testament. ord.* De impubere est quoque textus *in d. constitutione Maximiliani Imp.* Mascard. *de probat. vol. 2. conclus. 828. num. 5.* (b) Ferd. Vasq. *tract. de success. creat. lib. 3. §. 22. n. 88.* Wesenb. *ad d. §. testes autem,* Donell. *lib. 6. Comment. cap. 7. pag. 13.* Iust. Reuber. *in tract. de testib. num. 26.* Prosper. Farinac. *de testib. lib. 2. tit. 6. quæst. 61. num. 21. cum seqq.* Reusner. *d. testam. part. 3. c. 17. & seq.*

Lege qui prohibetur adhiberi testis, vel in totum adhiberi prohibe- 14
tur, vel ob privatam tantùm causam in eo, de quo agitur testamento, adhiberi prohibetur.

In totum prohibetur, qui civis Romanus non est: ut servus, (a) 15
& deportatus. (b) Item prodigus, cui bonis interdictum est, (c) & fœmina, (d) ut & qui publico judicio damnatus est, (e) veluti damnatus repetundarum: vel adulterii; (f) proindè & is, quem leges jubent improbum, intestabilemque esse, (g) id est, qui publico judicio ita damnatus est, ut nominatim lege jubeatur esse intestabilis; (h) qualis est, qui ob carmen famosum damnatus est. (i)

a) *l. Qui testamento. 20. §. servus 7. ff. qui testament fac. poss. §. testes autem. 6. Inst. de testam. ord. dict. constitutione Maximiliani Imp.* in den Reichs-Abschiden/ *pag. 104. fac. 2.* Reusner. *de testam. part 3. c. 15. n. 7. & seq.* Clarus *lib. 3. sent. §. testamentum. quæst. 55. num. 7.* (b) Testamentarii enim testes cives Romani esse debent, *l. hac consultissima. 21. in princ. ff. de testamentis*, sed deportatus desinit esse civis Romanus, *§. cum autem 11. Instit. quib. mod jus pat. potest. §. minor, Institut. de capit. deminut. l. sunt quidam 17. §. 1. ff. de pœn.* (c) *l. is cui lege 18. in princ. ff. qui testam fac. poss. d. §. testes autem. Inst de testam. ord.* Reusner. *dict. part. 3. c. 19.* (d) *d. l. qui testamento 20. §. mutier, ff. qui testament. fac. poss. d. § testes autem, Inst. de testament. ord.* dicta ordinatio Maximiliani Imp. de Hermaphroditis idem disponit. (e) *l. quæsitum 13. vers. veruntamen, juncta, l. 2 ff. de testib. Novell. 9. cap. 1. ibi*, bonæ opinionis testis esse oportere. (f) *d. l. quæsitum 13. l. l. scio 14. & l. repetundarum 15. in princ. ff. de testib. l. qui testamento 20. & §. cum qui lege*, ubi Cujac. *ff. qui testam. fac. poss.*

Digitized by Google

Donell. *lib. 6. Comment c. 7. pag. 14.* (g) *d. §. testes autem, Instit. de testament. ord.* Ilico Vmmius *disp. 16. ad proceff. judic. th. 1. num. 19.* (h) *l. cum lege 26. ff. qui testam fac. poss.* (i) *d. l. in cui. 18. §. 1. ff. d. tit. & l. ob carmen 21. ff. de testib.*

16 Sed an Iure Canonico etiam in tertis Ecclesiæ fœmina testamento adhiberi testis possit, in dubium vocatur? nobis negativa placet.

Per 6. cum tu frater Episcope, ibi, personis idoneis, & c. seq. ibi, legitimis testib. extr. de testament. vide Ferd. Vasq. *de succeff. creat. lib. 3. §. 21. nu. 2.* ubi utriusque sententiæ patronos collegit. adde Cævall. *commun. opin. quæst. 220. & quæst. 700.* Sed si ex errore persona minus idonea, quæ communi omnium hominum reputatione idonea esse videbatur, adhibita fuit, probari in judicio, atque sic testamentum valere possit? vide Vasquium. *lib. 2. de succeff creat. §. 12. requisit. 4. num. 88.* Dauth. *ad l. ad testium. 21. §. 1. ff. qui testam facer. possunt.*

17 Qui ob privatam tantùm causam prohibentur esse testes, in eo, de quo agitur, testamento, sunt pater & filiusfamilias testatoris: item, heres in testamento eodem institutus, ut & ejus pater, in cujus est potestate. Item fratres, qui sunt in ejusdem patris potestate cum ipso herede, & heredis filiusfamilias.

§. In testib. & §. sed neque heres. Instit. de testam. ord. & d. Ordinatione Maximiliani Imp.

18 Nihil tamen impedit, quo minus ego & pater, item plures, qui sumus in ejusdem non testatoris, vel heredis potestate, testes adhibeamur.

§ Pater, nec non is, 8. Instit. de testam. ordin. l. ad testium 22. in princ. ff qui testament. fac. possunt. l. pater 17. ff de testam. fac. possunt. l. pater. 17. ff. de testib. Arumæ. *exercit. 7. th. 15.* Reusner. *d. part. 3. c. 20. n. 14.* Hunn. *in VAT. resolut. lib. 2. tract. 5 quæst. 6.*

19 Legatarii quoque, & fideicommissarii testamento rectè in testes adhibentur.

§. Legatariis autem. 11. Instit. de testament. ordinand. ubi ego *in Comment. numer. 13. pagin. 282. l. dictantibus. 22. §. testibus etiam. Cod. de testament. l. qui testamento. 20. in princ. ff. qui testam fac. poss. l. si quis ita scripserit. 14. ff. de reb. dub.* Hos tamen testes in testamento tolum scripto admittit Duaren. *in Comment. ad t. qui testament. fac. poss. cap. De testibus in testament. idon. pag. 433.* Vigl. verò ubique admittit, *ad § sed neque heres. numer. 9. Instit. de testament. ordinand.* Cævallos. *commun. opinion. quæst. 797.*

20 Sequitur de testium rogatione. Testes non nisi ad testamenti ordinationem singulariter rogatos, & convocatos adhiberi oportet; si al-

si alterius rei causa fortè rogati fuerint, ad testandum non sunt idonei.

l. Hac consultissima. 21. in princ. ibi, eamq; rogatis testib. l. ult. ibi, quos ad testimonium convocari necesse est. C. de testam. l. heredes 21. §. in testamentis. ff. qui testam. fac. poss. Auth. regali. C. de testib. vide Modest. Pistor. *consil. 1. num. 18. &* Vigl. *ad §. ult. num. 8. Inst. de testam. ord.* Camill. Borell. *tom. 2. decis. 1, 5.* Rogatio autem isthæc non præsumitur, sed probanda est, nec ex ipsa subscriptione colligitur. Mantic. *de conjectur. ult. volunt. lib. 2. t. 11.*

Rogatos tamen ita accipimus, non tantùm si ab initio rogati sint 20
ad testamenti ordinationem: sed etiam si ad aliam causam ab initio vocati, & collecti, fortuitò intervenientes, priùs certiorentur, se ad testamentum adhiberi: daß sie darzu ermahnet / vnnd besprochen werden.

Dict. l. heredes. 21 §. in testamentis. vers. quod sic accipiendum. ff. qui testament. fac poss. Constitutione Maximilian. Imp. edita Coloniæ, Anno 1512. quæ extat in recessib. Imperii, pag. 104. Marpurgens. IC. *consil. 12. num. 17. & 22 vol. 1.* Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 11. num. 1.* Prosper. Farinac. *lib. 2. de testib. t. 6. quæst. 62. num. 134.* Vasq. *de success. creat. lib. 2. §. 13. requisit. 8. num. 546.* Nec refert testes illi rogentur vel ab ipso testatore, vel ab alio. Dautn. *de testib. testam. n. 418.*

Quod attinet solennem testium numerum: certè septem præcisè 22
testes jus commune desiderat, (*a*) ne quid hìc falsitatis incurrat: sed ut perfectissima veritas reveletur: (*b*)

a) *§. Sed cum paulatim. ibi, septem testib. adhibitis, & §. ult. ibi, septem testib. adhibitis. Inst. de testam. ord. l. si vivus. 12 & d. l. hac consultissima 21. ibi, testibus septem numero, C. de testam. l. si testamentum 23. ff. qui testam fac. poss. At Leo Imp. quinque tantùm requirit, Novell 41. d. Const.* Maximil. Imp. similiter septem testes desiderat, in quibus tamen numerat etiam Notarium & rectè *per l. Domitius. 27. ff. qui testamenta facer. poss.* Reusner. *de testament lib 3 cap. 12. num. 5.* (b) *l. ult §. cum. enim. C. de fideicommiss.* An vero hic numerus testium sit de forma probatoria testamenti, an de substantia tractat Reusner. *dict c. 12. num 6.* Sed vide ab illo dissentientem Bruckm. *in tract de regalib. c. 4. membr. 3 effect. 1. num. 14.* Et de vera horum septenarii numeri ratione vide discrepantes sententias. Gilkon. *in l. si unus. 12. num. 1. C. de testam* Andr. Gerhard *disp 2 de testam. th. 51.* Hilliger. *in* Donell. *Enucleat. lib. 6 c. 7. ad lit. F.* Bulæum *in discurs. de testam. concl. 19.*

Iure tamen Canonico testes duo, vel tres, cum presbytero pa- 23
rochiali, (*a*) vel quatuor sine presbytero, (*b*) in terris Ecclesiæ, (*c*) sufficiunt.

a) *c. Cum*

a) *c. Cum tu frater Episcope. ext. de testament. & ult. volunt.* Mascard. *de probat. vol. 3. conclus. 1352. num. 27. & seqq.* Ferd. Vasq. *de succeff. lib. 3. §. 22. num. 27.* (b) Alexand. *consil. 17. num. 15. vol. 3.* Didac. Covarruv. *in c. cum esses. num. 12 extr. de testamentis.* Roland. à Valle *consil. 33. nu. 42. & 43. volum 3.* Petr. Gilken. *in l. hac consultissima : 21. num. 31. C. de testamentis.* vide etiam Iulium Clarum. *in §. testamentum. quæst. 57.* Mascard. *d. conclus. 1352. numer. 28.* & Ferd. Vasq. *de succeff. d. libr. 3. §. 21. num. 1.* (c) Mascard. & Vasq. *dict. loc.* Item Boer. *decis. 93. num. 2. & 3.* Connan. *lib. 9. Commentar. cap. 2. in fin.* vide quoque Duaren. *ad tit. ff. qui testam. fac. poss. c. de effectu solennitatis servatæ in testamento, pag. 441. verf. sexta exceptio.* Daniel. Moler. *lib. 3. semestr. cap. 4.* Pantschman. *lib. 2. quæst. 8. num. 19.*

24 Eodem quoque jure testamentum ad pias causas factum duos tantùm, vel tres testes desiderat.

c. Relatum est, quod cum ad vestrum, extr. de testam. Mascard. *de probat. vol. 3. d. conclus. 1352. num. 32. & seq.* ubi plures alios in hanc sententiam allegat. Fürstlich Württemberg. Landrecht / *part. 3. tit. 6. §.* Und Erstlich.

25 Quòd si etiam testator eo in loco ultimam suam ordinet voluntatem, ubi septem testes minimè inveniantur, modis omnibus testes quinque adhiberi debent.

l. Ultim. C. de testament. & dict. constitut. Maximiliani Imp. Anno 1512. Coloniæ promulgata. Quod si quidam ex testibus mortui sint, de voluntate testatoris & solennitate testamenti admittitur testimonium duorum aut trium superstitum testium, Wesenb. *consil. 39. nu. 34. & 35.* Fachin. *consil. 90. num. 11. 12. 13. lib. 1.*

26 Convocationi testium proxima est ipsa testatio voluntatis ultimæ testatoris, quâ testator coram rogatis, & convocatis testibus exponit, quid post mortem suam fieri velit; *(a)* atque hæc in tantum necessaria est, ut licet quis exemplum testamenti præparârit, priùs autem decedat, quàm testetur, id est, coram testibus suam voluntatem supremam exponat, exemplum illud testamenti, ne quidem in vim Codicilli valeat. *(b)*

a) *l. Omnium. 19. in princ. ibi, aurib. privatorum mentis suæ postremum publicavit judicium. C. de testament. l. hac consultissima. in princ. ibi, ut cunctis ibidem collectis. C. qui testam. fac. poss.* requiritur ergò ut testes videre & audire testatorem possint, *l. si non. 9. Cod. de testamentis* unde Cæcus in testamento testis esse nequit, vide Ferd. Vasq. *de succeff. creat. lib. 2. §. 14. requis. 9. & 10.* Iustus Reuber. *de testib. pag. 76.* Corneus *consil. 18. numer. 5. & consil. 200. numer. 9. libr. 2.* & Prosper. Farinac. *de*

testib.

teſtib. libr. 2. titul. 6. quæſt. 61. num. 21. & ſeqq. (b) *l. fideicommiſſa 11. §. 1. ff. de leg. 3.*

Hæc autem teſtatio fit, vel per ſcripturam, vel per nuncupationem, *(a)* vel utroque modo per ſcripturam, & per nuncupationem; quo modo cæcus teſtari jubetur. *(b)* 27

a) *l. 1. §. 1. Et §. qui neque, verſ. hac autem ſcriptura. ff. de hered. Inſtit. l. hac conſultiſſima 21. § per nuncupationem. C. de teſtament. l. 2. ibi, ac ſecundùm nuncupationem. Cod. de bonor. poſſ. ſecundùm tabul. l. 1. ibi, contra nuncupationem, ſi teſtamentum ſine ſcriptis conditum eſt. Cod. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul. §. ultim. Inſtitut. de teſtament. ordin.* (b) *l. hac conſultiſſima 8. ibi, per nuncupationem ſua condant moderamina voluntatis, & verſ. quib. omnib. C. qui teſtam. fac. poſſ.* Has ſpecies teſtamenti tres agnoſcit etiam Imp. Maximil. in conſtitut. promulgata Coloniæ, *Anno 1512. vid.* in Reichs Abſchieden / *pag. 104.* Excellentiſſ. Dn. Beſold. *part. 3. Iur. Württemb. theſ. 9.*

Per ſcripturam teſtamentum fieri dicitur, cùm teſtator ultimam ſuam voluntatem ſcripto comprehenſam, ſuaque ſubſcriptione firmatam, teſtibus omnibus ſimul offert, ſuumque eo ſcripto contineri teſtamentum profitetur, rogans, ut ipſi teſtes ei ſubſcribant, idque obſignent. 28

§. Sed cum paulatim, Inſtitut. de teſtament. ord. l. hac conſultiſſima 21. in princ. Cod. de teſtament. & Conſtit. Maximiliani. tit. Von Teſtamenten / §. Die Form eines Teſtaments. Teſtamentum tamen non adhibitis teſtibus domi ſcriptum, & per epiſtolam teſtatore abſente, actis inſinuatum, non valet, licet alias teſtamentum apud acta conditum neque teſtes, neque alias deſideret ſolennitates. Hartman. Piſtor. *libr. 3. quæſt. 28.* quod ſequitur Excellentiſſ. Dn. D. Beſold. *part. 3. diſputat. Iur. Württemberg. theſi 11.*

Nihil autem refert, qua materia teſtamentum ſcribatur, in tabulis, in chartis, membraniſve, aut in alia materia, dum ſcriptum legi poſſit. 29

§. Nihil autem intereſt, Inſtit. de teſtament. ordinand. dict. l. 1. in princ. l. charta appellatio. 4. ff. de bonor. poſſeſſion. ſecundum tabul. l. quoniam 15. C. de teſtament.

Nihil quoque refert, quando ſcribatur exemplum teſtamenti tempore teſtationis, vel multò antè: *(a)* ut nec illud, à quo teſtamentum, veluti nomen heredis, & reliqua diſpoſitio, ſcribatur, ab ipſo teſtatore, vel alterius alicujus manu: *(b)* in tantum, ut etiam ſervi proprii, vel alieni manu ſcribi poſſit. *(c)* 30

a) *Dict. l. hac conſultiſſima 21. in princ. verſ. in omnib. Cod. de teſta-*

ment. l. fideicommiſſa 11. ff. de leg 3. Diſſent. Menoch. *libr. 4. præſumpt. 22 num 3.* (b) *Novell. 119 cap. 9. Auth. & non obſervato. Cod. de teſtament.* placuit tamen aliquando Iuſtiniano, ut heredis nomen, vel teſtatoris, vel teſtium, non alterius manu ſcriberetur, §. *ſed cum paulatim. verſ. ſed his omnibus Inſtitut. de teſtament. ordinand. l. jubemus 29. Cod. de teſtament.* (c) *l. ſervus 28. ff qui teſtam. fac. poſſ. ut.*

31 Integris tamen literis, non notis ſcribi teſtamentum debet.

l. Sed cum patrono 6. § ult. ff. de bon. poſſ Novell 107 cap. Auth. quod ſine, C de teſtam Cujac. *lib. 3 obſervat. cap. 3.* Ferd. Vaſq. *tractat. de ſucceſſ. lib. 2 de ſucceſſ. progreſſ. §. 20. num 8.*

32 Per nuncupationem ordinatur teſtamentum, ſi teſtator ultimam ſuam voluntatem, coram teſtibus ſeptem integrè, & palàm nuncupet. (a) Quod ſi teſtator plures heredes nuncupare volens, quibuſdam nuncupatis, priuſquam cæteros exprimat, obmutescat, magis cœpiſſe teſtamentum facere, quàm feciſſe dicitur. (b)

a) §. *Vlt. Inſtit. de teſtament. ordinand. l. hac conſultiſſima. 21. § per nuncupationem, l. in teſtamentis 26. Cod. de teſtament. l. heredes palam. 21. in prine ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Et licet teſtator ultimam ſuam voluntatem ſcripto comprehendam proprio vel alieno, per aliquem præſentibus teſtibus legi faciat, & ſuam illam voluntatem eſſe palam teſterur, valet tamen. ut nuncupativum teſtamentum, per text. *in d. l. Hac conſultiſſima 8. §. At cum*, vide Sichard. *num 1. in fin. & l. Pamphilo. 39. §. Propoſitum, ff. de legat. 3.* (b) *l. ſi is 25. ff. d. tit.*

33 Cæterùm in quæſtionem vocatur, an quis per nuncupationem ad alterius interrogationem teſtari, & ultimam ſuam voluntatem exponere poſſit? Nobis affirmantium ſententia placet.

l. Hac conſultiſſima. 8 verſ. at cum humana C. qui teſtam. facer. poſſunt. l. ult. C. ſi quis aliq. teſtat. prohib. Vide Menoch. *de præſumpt. part 2. lib. 4 præſumpt. 8.* Zaſ. *conſil. 3. num. 37. vol. 1. & conſiliorum duorum Doctorum Lovanienſium, quod eſt 32. inter conſilia Molinæi, & ipſum* Mohnæ. *conſil. 341 num 6.* Hartm. Piſtor. *obſerv. 4.* Reuſner. *vol. 1. conſil. 17.* Chriſtinæ. *volum. 1. deciſ 305.* Cravett. *conſil. 117. & 670.* Petr. Surd. *conſil. 414.* Diſſent. Gerhard. *diſput 2. theſ. 95.* Vide Fachinæum *lib. 10 controv. 16.* Menoch. *conſil. 45. libro & de præſumpt. libr. 4. præſ 8 num. 5. & ſeqq.* Sed ſi quis in ſcriptis teſtari velit, quædam autem ſcripti teſtamenti ſolennitas omiſſa ſit, videlicet teſtium ſubſcriptio, vel ſubſignatio, an teſtamentum ut nuncupativum valere poſſit? Et ſi ejus adſint requiſita valere putat Excellentiſſ. Dn. D. Beſold. *decad. 2. conſil. 6.* adde Menoch. *libr. 4. præſumpt. 2. num. 14. & ſeqq.* Poteſt autem quis ad teſtandum aliquem commovere blandis verbis. Hartm. Piſtor. *lib. 1. quæſt 29.* Dn. D. Beſold.

diſput 3.

disput. 3. ad Ius Wurtenb. thes. 16. Speckhan. *libr. 1. quæst. 45.* Consil. Argentor. *vol. 1. consil. 61. num. 12. & seqq. ubi citati.*

Restat testationis contextus. Uno actionis contextu, & tempore omnia peragi debent, quæ ad testamenti ordinationem desiderantur, ita ut nullus extraneus sive alienus interveniat actus. (a) Proindeque testes durare debent, donec suprema contestatio promulgetur. (b) 34

a) *§. Sed cum paulatim 3 ibi uno contextu testamenti celebrandi gratia, Institut. de testament. ordinat. l. hac consultissima. 21. §. in omnibus ibi, nullo actu extraneo interveniente, & §. per nuncupationem, ibi, testes simul uno eodemque tempore collecti, C. de testament. l. heredes palam 21. §. ult. ff qui testam. fac. poss. Dicta constit. Maximil Imp. edita Colonia, Anno 1512.* ratio hujus juris est, ne testator per actum extraneum à conveniente deliberatione quæ in testamento requiritur avocetur, Petr. Gilken. *in l. 28. numer. 7. C. de testam.* Ne item quid præter voluntatem testatoris incogitanter recipiatur, Francisc. Conan. *lib. 9. Commentar. cap. 2. num. 2.* De contractu an in testamento fieri possit, vide Clarum. *§. testamentum. quæst. 75.* Reusnerum *de testam. part. 3. cap. 28. num. 7. & seqq.* Fachin. *lib. 5. controv. 32.* Hun. *variar. resolut. lib. 2. tract. 3. quæst. 4.* Arumæum. *Exercit. 7. thes. 18.* (b) *l. qui testamento. 20. § & veteres, ff. d. tit.*

Si tamen casus aliquis inciderit, quo testem subduci oporteat, veluti propter curationem morbi, vel propter contagionem, quam cæteri metuunt, tunc ejusmodi testis cæteris manentibus dimitti potest, dum tamen priùs testis officio functus sit. 35

l. Casus 8. Cod. de testament. Michaël. Grass. *in commun. opin. §. testamentum. quæst. 69.*

Si quoque extraneum aliquem actum necessitas valetudinis, vel naturæ expresserit, & constet eum naturâ brevem esse, veluti si cibus, aut potus, vel medicamentum ægroto testatori præbeatur, vel naturæ necessitas, puta depositio superflui ponderis incidat, aut morbus comitialis, actus ejusmodi extraneus testamento nihil nocet. 36

l. Cum antiquitas 28. Cod. de testament. d. constitut. Imp. Maximiliani, edita Coloniæ, Anno 1512. Boër. *decis 353. numer. 4.* Fernand. Valquius. *de succes. creat. & progress. lib. 3. §. 23. num. 4.*

Quòd si circa testem vel testes incidat casus, cujus refectio longioris temporis spacio indigeat, & salus testatoris periclitantis immineat, tunc ille testis vel testes, circa quos tale aliquid evenit, separari debent, & alius vel alii sunt rogati, cui vel quibus omnia exponenda sunt, quæ ejus vel illorum præsentiam antecesserunt, priusquam ad ulteriora procedatur. 37

Dict. l. cum antiquitas 28. C. d. t. ubi Doctores communiter.

38 Atque hæc de communi solennitate testamenti: succedit testamenti solennitas propria. Propria testamenti solennitas est, quæ vel ad solum testamentum scriptum, vel ad solum nuncupativum testamentum, vel ad solum cæci testamentum pertinet.

39 Scripti testamenti propria solennitas in tribus consistit; Testatoris subscriptione; subscriptione testium; & testium obsignatione.

Has solennitates exigit quoque constitutio Imp. Maximil. de quâ suprà. vide Specul. *rubr. de instrumentor. edit. §. compendiosè, num. 40. pag. 249. & sequent.*

40 Testator autem ipsemet coram præsentibus septem testibus subscribere suo testamento debet, vel si literas nesciat, aut morbo impeditus subscribere nequeat, adhibebit octavum aliquem subscriptorem. (a) Quæ subscriptio id testabitur, esse hoc ipsius testatoris testamentum, his nempe aut similibus verbis: Ergo Publius Mævius testor, hoc meum esse testamentum: Ich N. N. Bekenn/ daß diß/ so obstehet/ mein Testament vnd letzter Will sey. (b)

a) *l. Hac consultissima 21. in princ. vers. dum tamen, & l. jubemus 29. C. de testament. §. sed cum paulatim, Institut. de testament. ordin.* (b) *per l penult. ff. qui testament. fac. poss.* Refert autem, ut singulis testamenti paginis ad calcem testator subscribat. *Vide supr. thes. 30.* & ibi Menoch. *citat loco.* An autem numerus testium sit de forma probatoria an substantiali ipsius testamenti, examinat. Mantica *de interpretat. ultim. volunt. lib. 2. tit. 11. num. 3.* Reusner. *de testament. part. 3. cap. 12. num. 6.* Pruckman. *de regalib. cap. 4. membr. 3. effect. 1. num. 14.* Gilken. *ad l. hac consultissima. 21. C. de testament. num. 13. 18. & seq.*

41 Testatoris subscriptionem sequitur testium subscriptio, & obsignatio. Finem testamenti subscriptiones & signacula testium esse Iustinianus decrevit. Et nisi testamentum subscriptum, & signatum fuerit à testibus pro infecto habetur. (a) A testibus, inquam, omnibus. Si enim ab uno teste omissa fuerit subscriptio, vel obsignatio, jure deficit testamentum. (b)

a] *Dict. l. hac consultissima 21. in pr. vers. Finem autem, l. jubemus 29. C. de testam. §. sed cum paulatim, Inst. de test. ord.* [b] *l. si unus 12. C. de testam.* Leo tamen Imp. *Novell. 42.* neque signaculâ, neque subscriptiones testium desiderat. vide Anton. Bulæum *in discurs. 3. ad l. 8. C. de testament. conclus. 45.* & Andr. Gerhard. *disput. de solennit. testament. thes 84.*

42 Et quidem requiritur, ut singuli testes proprio chyrographo, id est, manu propria subscribant: [a] Nisi eo loco testamentum fiat, ubi literati homines rarò inveniantur, & septem, qui literas sciant, hoc est, literas

ras pingere possint, haberi nequeant. Tunc enim literati testes pro ignorantibus literas, præsentibus tamen, subscriptionem suam interponere possunt. *(b)*

a] *l. Penultim.* ubi Bartol. *num. 1. ff. qui testament. fac. poss.* Cujac. *ad l. ad testium 22. ff. dict. t.* (b) *l. ult. C. de testam.* Sed vide Treutl. *vol. 2. disp. 10. th. 5. lit. D.*

Ipsa autem testium subscriptio annotationem continebit, quis & 43
cujus testamento subscripserit, suumque signaculum apposuerit: verbi gratia; Ego Lucius Titius huic Testamento Publii Mævii subscripsi, meumque signaculum adposui.

l. Penult. ff. qui testament. facer. possunt. Vide Afflict. *decision. 69. num. 1. & 2.*

Possunt tamen testes omnes uno annulo testamentum obsignare, & 44
quidem annulo alieno.

§. Possunt autem, Inst. de testam. ord. l. si unus 12. C. de testam.

Vtrùm autem annulo solùm signatorio signare testes debeant, an ve- 45
rò alio quovis impresso, quo signare soleant, obsignare testamentum possint, quæsitum fuit? Nos signatorio annulo, si testes eo uti solent, obsignandum esse testamentum. Alioqui sigillum quodvis aliud consuetum sufficere, putamus.

Dict. l. ad testium 22. §. signum autem, ff. qui testament. fac. poss. vide meum *tract. de jure belli & duelli, lib. 1. cap. 24. pag. 181. & seqq.* Arumæ. *exercit. Iust. 7. thes. 17.* Treutl. *vol. 2. disp. 10. th. 5. lit. E.* Cujac. *lib. 14. obs. cap. 11.* Conan. *libr. 9. cap. 2.* Herm. Vult. *in §. 2. num. 35. Instit. de testam. ordin.* Obrecht. *disp. 19. th. 148.* Viglius *in §. possunt autem num. 2. Inst. de testam.* Iohan. Dauth. *in l. 22. §. 5. num. 1. de testam.* Petr. Gicken. *in l. si unus. 12. n. 5. C. de testam.* Hotom. *lib. 1. obs. 21.* Donell. *lib 6. Comment. c. 8.*

Et uti antiquitus ipsa testium signacula lino, id est, filo ex lino facto, 46
ter per foramina trajecto adponi testamento solebant: ita & hodie hoc modò sæpè testamenta obsignantur: & cujus coloris filum illud sit, testatores expresè in testamento meminisse solent.

l. 1. §. Pen. & ult. ff de bonor. poss. secund. tabul. l. pen. C. de testam. Connan. *lib. 9. Commentar. cap. 2. numer 4.* Cujac. *lib. 14. observat. cap. 11.*

Ethæc est propria testamenti scripti solennitas. Nuncupativi te- 47
stamenti solennitas propria, quâ illud differt à scripto testamento, consistit, ut & suprà dictum fuit, in duobus; in nuncupatione scilicet, ut maximè heredis, sic & cæteræ voluntatis integræ; & ea quidem nuncupatione, quæ fit coram ipsis convocatis septem testibus palàm, id est, ut testator à testibus de singulis testamenti capitibus clarè audiri possit.

l. Heredes palam 21. in princ. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. ultim. ff. de jure Codicillor. l. hac conſultiſſima 21. §. per nuncupationem, C. de teſtam. Idem exigit etiam conſtitutio Maximiliani Imper. promulgata Coloniæ Anno 1512. In den Reichs-Abſchieden *fac. 1. p. 104.* weiter ſo iſt auch *fac. 2. §.* Aber die Form. Teſtari per nuncupationem & hoc quis poteſt modo, ſi ſchedam ultimæ ſuæ voluntatis per ſe, vel alium coram ſeptem ad hoc convocatis teſtibus legat, Fichard. *conſil. 77. Tomo 2. conſil. 38. num. 6. conſ. 43. num. 7. & conſil. 71. num. 7. Tomo 1.* vide Vigl. *in §. ſed cum paulatim, verſ. ut per manus, n. 13. Inſt. de teſtam.* Clar. *in §. Teſtamentum, q. 36.* Menoch. *conſil. 313 num. 30.*

48 Nuncupatio ergò per relationem ad quandam ſcripturam, quæ non legatur, facta: veluti ſi teſtator ſupremum ſuum judicium in ſcripturam redactum coram convocatis teſtibus Notario tradat, & ſuam illâ ſcripturâ ultimam contineri voluntatem dicat, licet ſtricto jure civili non valeat, *(a)* Dd. tamen præſertim practici ſecus ſentiunt. *(b)*

a) *Per textus ſuperiori theſi adſcriptos.* ubi in conſt. Imp. Maximiliani præcipuè conſideranda ſunt hæc verba. Daß der oder die / ſo das Teſtament machen Will / deß oder deren ſo Er oder Sie zu Erben haben / ꝛc. Namen / vnd was er im Teſtament begriffen haben wolt / vor 7. Zeugen offentlich vnnd Clärlich benenne ꝛc. Vide fortè periculo non caret practicos hoc in caſu ſequi Doctores. vid. Weſenbec *conſil. 29. num. 7. 10. & 12.* (b) *Dd. ind. ſi ita ſcripſero 38. ff. de condit. & demonſtr.* Paril. *conſil. 19. numer. 13. vol. 3.* Nacta *in repetit. Auth. quod ſine, num. 26. Cod. de teſtament.* Bellam. *conſil. 85. num. 11.* Clar. *in §. teſtamentum, quæſt. 3. verſ. ſed pone, & q. 36.* vide Ioſeph. Maſcard. *de probat. vol. 3. conſil. 1352. num 73.* Weſenbec. *ad §. ſed hæc quidem, num. 3. Inſtitut. de teſtam. ord.* & Hartm. Piſtor. *lib. 1. q. jur. q. 1. num. 10.* Iohan. Dauth. *tract. de teſtam. pag. 467. n. 474.* Conſulunt autem Dd. ut teſtator à tergo hujus ſcripturæ per Notarium ſcribi faciat teſtes, rogitum, diem, & annum. Iul. Clar. *§. Teſtamentum, q. 3. & q. 36.* Maſcard. *concluſ. 1352. num. 73.* conſultius autem fuerit, ut teſtes ipſimet ſe ſubſcriberent, & ſua adponerent ſigilla, ac teſtarentur ſua ſubſcriptione, quod teſtator palam dixerit, ea ſcripturâ contineri ultimam ſuam voluntatem. Alias enim tali ſchedæ fides adhiberi haud facile poſſet, nam aliam ſupponere cuivis proclivè eſſet, ſi præſertim teſtator literas ignorat, vide Fichard. *conſil. 76. num. 2.* Illud quidem fieri poteſt, ut teſtator dicat, reliqua mea bona ei, quem nominavi in ſchedâ apud hunc vel illum depoſita, propria mea manu ſcripta, Menoch. *lib. 4. præſumpt. 2. num. 9.* Fichard. *conſil. 86. lib. 2.* ubi ad evitandas omnes ambages, conſuluit, quod coram teſtibus hæres nuncupari debeat. vide in-

ſuper Manticam *de conject. volunt. lib. 1. t. 7. n. 7.* & Dn. D. Beſold. *in diſput. 3. & Ius Wurtt. th. 18.*

Vtrùm autem quis per nuncupationem, vel per ſcripturam teſtari 49
voluerit, non ex ſola ſcriptura teſtamenti, ſed ex adhibitione, vel omiſſione ſubſcriptionum, & ſigillationum colligi poteſt.

Menoch. *de præſumpt. part. 2. lib. 4. præſumpt. 2.* 50

Cæterùm, quando aliquis per ſcripturam teſtari voluit, quædam autem ſcripti teſtamenti ſolennitas omiſſa ſit, an teſtamentum ſaltem, ut nuncupativum valeat, quæri ſolet? Negativam putamus veram; niſi teſtator etiam ſolennitates nuncupativi teſtamenti proprias adhibuerit.

Per ea, quæ ſcribit Menoch. *d. præſumpt. 2. n. 14. & ſeqq.*

Cæci teſtamentum hanc habet propriam ſolennitatem, quod ſcri- 51
pturam & nuncupationem, & teſtem octavum deſiderat: qui octavus teſtis tabularius eſſe, modò copia illius fuerit, & teſtamentum vel ex ore cæci coram teſtibus cæteris excipere, vel ſi antea ſcripto comprehenſum ſit, coram teſtatore, & cæteris teſtibus clara voce recitare, illiique recitationi teſtator cæcus ſuam teſtationem de iſthac ultima voluntate ſubjicere debet. Heredum quoque non tantùm nomina, ſed & conditio, was Würden/ Stands/ oder Weſens die ſeyn/ exprimi ſingulariter jubetur. Ipſe item teſtator, & ſinguli teſtes tabulis teſtamenti ſubſcribere, ſuaque ſignacula adponere debent.

l. Hac conſultiſſima 8 C. qui teſtam. fac. poſſ. dict. conſtit. Imp. Maximilian. in receſſibus Imperii p. 104. fac. 2. in fin. & p. ſeq. Mantic. *de conject. ult. volunt. t. 2. num. 7.* Reutner. *de teſtamentis. cap. 19.* Doctores tamen caſus quoſdam referunt, quibus cæci teſtamentum conſiſtere volunt, etiamſi omnia hæc ſolennitas obſervata non fuerit, vide Menochium *dict. libr. 4. præſumpt præſumpt. 6.* Hondedæ *vol. 2. conſ. 58.* Vivium *deciſ. 551.* Vide de Cæci teſtamento aliquot notabiles quæſtiones examinantem Vaſq. *lib. 3. illuſtr. q. c. 103 n. 9. & ſeqq.*

Sequitur de regulis juris ſingularis, quæ communem teſtamento- 52
rum obſervationem formamque quorundam teſtamentis remittunt. Et primò regulæ juris ſingularis ſolennia teſtamenti remittunt militibus. Milites enim jure Iuſtinianeo, ſive in prælio conſtituti, ſive extra prælium ſint, in caſtris tamen, nullos teſtes pro ſolenni forma ſpecialiter rogare, & convocare tenentur.

l. 1. l. Infraudem 15. §. 1. l. Divus 24. ff. de teſtam. milit. l. 3. C. dict. tit. Inſt. de militar. teſtam. in pr. & §. planè, vide *tractat. meum de jure belli & duelli, lib. 1. cap. 18.* At Myns. *reſp. 46. num. 6. decad. 3.* duos teſtes adhiberi deſiderat, adde Hunn. *in var. reſolut. lib. 2. tract. 3. q. 8.* Zaſ. *lib. 1. conſil. 6. n. 22.*

Legiſ-

53 Legislatio tamen Imperatoris Maximiliani requirit, ut miles in castris extra prælium constitutus duos testamento suo testes adhibeat: Militi verò prælianti etiam sine testibus condere testamentum permittit.

Reichs-Abschid/*de Anno 1512. p. 104. cujus verba hæc sunt*: Oder von Rittern/ die zu Feld/ vnd dochtcht am Streit/ weren/ da würde solch Anzahl der Zeugen nachgelassen/ biß auff zween; Aber die Ritter/ die in Vbung deß Streits seynd/ mögen jhr Testament machen/ ohn alle Solennität oder Form/ vnd wie sie wöllen. Aber die jenigen Ritter/ so nicht in solcher Vbung vnnd Streit/ noch auch zu Feld ligen/ sollen jhr Testament/ nach gemeinem Rechten/ machen. Vide Enenckel *de privil. milit.* Quando autem miles dicatur extare in exercitio belli tradit Mastrill. *decision. 173.*

54 Si quid ergo miles in vagina, aut clypeo, literis sanguine suo rutilantibus adnotaverit, aut in pulvere scripserit gladio, sub ipso tempore, quo in prælio vitæ sortem derelinquit, hujusmodi voluntatem stabilem esse oportet.

l. Milites 15. C. de testam. milit. Ego *de bello & duello lib. 1. cap. 19.* Sed an milites togati iisdem utantur privilegiis? examino *in tractat. de bello & duell. lib. 1. cap. 28. num. 4. & 5.* junge Merendam. *lib. 6. controv. cap. 8 n. 16.*

55 Vt autem numerus testium remissus est militi, ita nihil refert, si quos adhibet, peregrini, vel mulieres sint: *(a)* Neque vitiat testamentum ipsius scriptum omissio subscriptionum & appositionis signorum: *(b)* Neque opus est, si per nuncupationem testetur, ut testes totius testamenti tenorem perceperint. *(c)*

a) *Inst. de militari testam. in princ. ibi, diligens observatio remissa est, item ibi, neque aliam testamentorum solennitatem, item ibi, quoque enim modo voluntas ejus suprema eveniatur, l. 1. in fin. l. 5. C. de testam. milit.* Vasq. *de succeff. progressu §. 20. num. 9. & 10. & lib. 2. de succeff. creat. §. 12. num. 44.* (b) *Per fundamenta prius posita.* (c) *per l. 1. in pr. & l. 3. ff. de testam. milit.* Vasq. *lib. 2. de succeff. progress. §. 20. num. 6.* faciunt huc, quæ scribit Tyraquell. *de privileg. pia causa, privileg. 7.* Ego *in tractat. d. bello & duell. cap. 22.*

56 Et licèt paganus uno contextu testari jubeatur, militi tamen & hæc solennitas remissa est.

Inst. de milit. testam. in pr. ibi, neque aliam testamentorum solennitatem observavit, l. 1. ff. de testam. milit. l. penult. C. d. t. l. casus majoris 8. C. de testib. Vasquius. *lib. 2. de succeff. progressu §. 20. n. 4.* Ego *d. tract. de bello & duello lib. 1. c. 23.*

Etsi

Etſi verò diligens obſervatio remiſſa ſit militi, conſtare tamen de 57
ejus facto teſtamento debet; (a) ad cujus probationem etiam conjectu-
ras, ex diſpoſitis à teſtatore ductas, ſufficere volunt. (b)

a) §. *Planè. Inſt. de militari teſtam. & l. Divus 24. & l. Lucius 40. ff. de teſtam milit.* (b) *l. in teſtamento 6. in fin. ff. de teſtament. milit.* Menoch. *lib. 4. de præſumpt. præſumpt. 14.*

Sed utrùm milites noſtri temporis veterum militum privilegiis 58
fruantur, in quæſtionem vocatur? Nos affirmantium opinionem de his militibus, qui licitis in bellis publica ſtipendia merent, omninò probamus.

Vid. tract. meum *de jure belli & duelli, lib. 1. cap. 26. & in tract. de tortur. cap. 4. num. 66. & ſeq.* adde Dn. D. Beſold. *de trib. domeſt. ſocietat. ſpecieb. fol. 104. n. 14.* Hondedæ. *conſult. 83. vol. 1.*

Idem quoque ſentimus de limitaneis militibus: ut & de ſtationariis, 59
quo tempore metus eſt de irruptione, & impetu hoſtis, ut jugiter armis ſuis inhærere neceſſe habeant.

Vide *d tr. meum d. c. 26. n. 11. p. 254. & ſeqq.*

Vt militibus, ſic & epidimiali morbo, puta peſte, qui laborant, 60
regulæ juris ſingularis communem teſtamentorum ſolennitatem remiſerunt. Hi enim coram duobus, vel tribus teſtibus ſuprema ſua ordinare poſſunt: neque cæteræ obſervationi ſtrictæ & nimiæ allegati ſunt.

Argum. l. un. ff. de bonor. poſſ. ex teſtam. milit. & l. caſus 8. C. de teſtam. Fachinæ. *lib. 5. controverſ. c. 92.* Arumæus. *Exercit. 7. theſ. 11.* Berlich. *3. pract. concl. 5. num. 6.* Duaren. *ad t. qui teſtam. fac. poſſ. cap. de effectu ſolennitatis ſervatæ, p. 440.* Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſerv. 118. num. 18.* & Mynſing. *obſerv 96. cent. 1.* vide Roland. à Valle. *conſil. 81. vol. 1.* Theſaur. *deciſ. 180.* Fürſtl. Würtemb. Landtrecht / *part. 3. tit. 4.* Excellentiſſ. Beſold. *ibi. theſ. 34.* Plebſt. *th. 48.* vid. Treutl. *vol. 2. diſp. 6. lit. I. & conſil. 100.* Schultes. *lib. 1. q. 22. per tot.* Non deſunt tamen qui volunt mulierem in hoc teſtamento adhiberi teſtem non poſſe, Daniel. Moller. *lib. 4. ſemeſtr. cap 8. num. 1. & 2.* ubi memorat diſſentientes vid. Farinac. *de teſtib. lib. 2. quæſt. 59. cap. 3. num 72. & ſeq.*

Similiter jure ſingulari teſtantur parentes inter liberos ſuos, (a) 61
etiam legitimatos (b) & emancipatos. (c)

a) *l. Hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto, C. de teſtam. Novell. 107. cap. 1.* Sed an patris deportati teſtamentum inter liberos ſit validum quæſtionis eſt? Negativa potior erit: Omnes enim Conſtitutiones de teſtamento parentum inter liberos agentes, nihil quoad teſtatoris perſonę habilitatem, ſed quoad formam & modum teſtandi remittunt: At neceſſe

Digitized by Google

est ut is qui testari intendit civis sit Romanus, non deportatus. *l. ejus qui 8. §. 1. & 2. ff. qui testam. facer. poss.* vide tamen Schurpff. *consil. 28. & 39. cent. 2.* Mynsing. *decad. 8. respons. 79.* Quid verò si parens sit manifestus usurarius & fœnerator? Nego. & hoc per. *c. quanquam. 2. in fin. de usuris in 6.* Tuschus *pract. conclus. tom. 8. conclus. 115. num 58.* Enenckel. *d privileg. parent. & liberor. privil. 15. cap. 3. num. 4.* (b) *per text. generalem in d. l. 21. §. Ex imperfecto. C. de testam.* Bald. *in c. de causis, extra de offic. delegat.* Ias. *in d l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto, num. 2. C. de testam.* Andr. Gail. *lib 2. observat. practic. observat. 112. num. 21. & seq.* Hartman. Pistor. *libr. 1 quæstion. jur. quæst. 1. num. 21.* & Sichard. *ad d. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, num. 4. C. de testam.* Fachin. *lib. 4. controv. 3.* (c) *l. ult. C. famil. ercisc. §. emancipatos liberos, Instit. de exhered. liber. l. 4 Cod. de liber. præter* Pantschman. *libr. 2. quæst 1. & seqq.* adde Enenckel. *de privil. & parent. & liber.* Reusner. *de Testament.*

63 Mater quoque inter naturales suos liberos jure singulari sine solennitate rectè testatur, *(a)* nisi sit illustris: *(b)* at pater inter hos liberos jure communi jubetur testari; *(c)* ut & si extraneam personam liberis suis parens misceat. *(d)*

a) Nam respectu matris etiam naturales liberi habentur pro legitimis *§. novissimè, Instit. ad Senatusconsultum Orphit. l. hac parte. ff. unde cognat.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. 112. n. 20.* Hartman. Pistoris *lib. 1. quæst. jur. quæstion. 1. num. 19. cum seq.* Sichard. *ad d. l. hac consultissima §. ex imperfecto, num. 4. C. de testament.* Thadæus Piso. *var. resolut. lib. 1. cap. 7. numer. 22.* Sed quid concludendum eo casu, si mater defuncto primo marito ex quo liberos susceperat, ad secunda transierit vota, an ejus testamentum inter liberos imperfectum perinde sit validum, ac si vidua mansisset, & inter liberos testamentum fecisset? & valere puto. Quia hoc nusquam legibus est prospectum: generalis autem est *l. 21. §. ex imperfecto Cod. de testam.* (b) *per l. si qua illustris. C. ad Senatusconsultum Orphit.* Andr. Gail. *d. observat. 102. 11. 20.* (c) *nam dict. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto C. de testam. & dict. l. ultim. C. famil ercisc.* de liberis cùm loquantur, de legitimis exaudiri debent liberis, *per l. filium eum definimus, ff. de his, qui sui vel alieni jur. sunt.* Andr. Gail. & Hartman. Pistor. *dict. loc.* Fachinæ *lib. 4. controvers. jur. cap. 3.* (d) *d. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto, C. de testam. & d. l. ult. C. famil. ercisc.*

64 Quòd si per nuncupationem testetur parens inter liberos, satis est, si voluntatem suam coram duobus tantùm testibus, etiam fœminis, licet specialiter rogati non sint, exponat.

Arg. d. l. hac consultissima 21. §. ex imperfecto. ubi Dd. *C. de testam. & d. l. ult.* ubi gloss. & Dd. *C. famil. ercisc.* Gilken. *ad l. hac consultissima. 21.*

§. ex

§. *ex imperfecto. num. 13. Cod de teſtament.* Fachin. *lib. 4. controv. 2.* Boët *deciſ. 240. num. 1.* Thadæus Piſo. *lib. 1. var. reſolut. cap 7 num. 3.* Pantſchman. *lib. 2. quæſt. 1. num 24.* Andr. Gail. *libr. 2. obſervat. 112. num. 1. 4. 5. 6. & 13.* Hartman. Piſtor. *dict. lib. 1. quæſt. 1. num 1. & ſeqq. & quæſt. 2. numer. 9. 10. & 11.* Speckhan. *lib. 1. quæſt. 47.* Petr. Peckius *lib. 3. de teſtam. conjug. cap. 13. num 1.* Duos quoque teſtes exigit ordinatio Maximiliani Imp. promulgata Coloniæ *Anno 1512. vide Receſſus Imperii, pagin. 104.* §. Vnd ſollen/ *verſ.* Aber in Teſtamenten. Quo tamen loco eatenus Imp. duos tantùm deſiderat teſtes, quatenus parens non tollat teſtamentum à ſe priùs factum. Et ſciendum hîc, teſtes illos duos deſiderari non ad ſolennitatem, ſed probationem tantum; nec opus eſſe, ut uno & eodem tempore adhibeantur. *Ita cenſuit. Collegium Facultatis noſtræ Anno 1603. 4. Octob.* Et quod mulier in hoc teſtamento teſtis eſſe poſſit probat. Farinac. *lib. 2. de teſtib. tit. 6. quæſt 59. num 68.* Ioſeph. Ludovic. *concluſ. 69. in 2. fallent.* Maſcard. *de probat. concluſ 763. num 8.* Hocque procedere dicunt etiamſi non unus tantum teſtium, ſed uterque fœmina eſſet. Covarruv. *in cap. relatum, 11. numer. 5. d. teſtament.* Thadæus Piſo. *lib. 1. variar. reſolut. cap. 7. num. 5.* Vide Reuſner. *in tractat. de teſtam. parent. int. liber.* Sed quæritur an tutor à patre in teſtamento imperfecto datus liberis, confirmatione Magiſtratus opus habeat, priuſquam tutelæ officium adire poſſit? de qua quæſtione vide Iulium Clarum *lib 5. ſentent. § teſtamentum quæſt. 10. num. 3.* Gilken. *ad l. hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. d teſtament. num. 10.*

Per ſcripturam parens inter liberos teſtari poteſt duobus modis: 61
uno modo, ſi coram duobus, aut tribus, etiam non ſpecialiter rogatis teſtibus, omiſſa omni ſolennitate ultimum ſuum judicium declaret ſcripto: *(a)* altero modo, ſi abſque teſtibus propria manu teſtamentum ſuum ſcribat, vel ab alio ſcriptum ſua ſubſcriptione confirmet, atque ita dilucidè ſuum id eſſe teſtamentum ſua ſubſcriptione profiteatur. *(b)*

a) *l. Hac conſultiſſima 21. §. ex imperfecto, C. de teſtam. l. ult. C. famil. erciſc* Dn. Beſold. *diſput. 3. ad Iur. Württ. theſ. 43.* (b) *dict. Novell. 107. cap. 1. & legib. proximè allegatis,* Maſcard. *de probat. vol. 3. concluſ. 1352. num. 65.* Andr. Gail. *dict. lib. 2 obſervat. 112. num. 7. 8. 9. & 14.* Hartman. Piſtoris *libr. 1 quæſt. jur. quæſt. 1. num. 7. &* Iacob Thoming. *lib. deciſ. quæſt. Illuſt. quæſt. 4 num. 2. & 6.* Hotoman. *conſil. 54. num. 2.* Fachinæ. *lib. 4. controverſ. cap 1.* vide etiam Menoch. *de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 7.* Sed de ſubſcriptione vide Graſſ. *in § Teſtamentum, quæſt. 16. num. 6.* vide quoque Pruckman *conſil. 12 num. 70.* adde Pantſchman. *dict. lib. 1. quæſt. 1.* Treutler. *conſil. 15.* Speckhan. *cent. 1 quæſt. 48.* Berlich. *deciſ. 90.* Zaſium.

vol. 1. conſil. 1. Schurpff. *conſil. 28. cent. 2.* Arumæ. *exercit. 7. theſ. 12.* Sed perelegantis eſt quæſtionis, ſi pater Schedam in qua ultima ſua voluntas inter liberos comprehenſa eſt, per alium ſcriptam, manu ſua ſubſcripſit, an hoc in caſu probandum ſit, patrem ſciviſſe contenta in tali Scheda, an verò abſq; alia probatione ſcientia patris præſumatur, & Affirmativæ inhærendum exiſtimo: etenim ſubſcribens inſtrumento præſumitur habere ſcientiam omnium quæ in eo continentur, *arg. l. non eſt ferendum. 12. ff. de tranſaction.* Maſcard. *de probat. vol. 3. concluſ. 1341. num. 19. & ſeq. & concluſ. 1352. num. 65. & ſeq.* vide me *ad titul. Inſtit. de militar. teſtam. numer. 12.* Berlich. *deciſ. aur 90. num. 10. & ſeqq.* Obiter hic quæritur an teſtamentum inter liberos à parente confectum nocturno tempore luminibus indigeat? & licet aliqui ſint qui ad omne teſtamentum nocte erectum tria deſiderent luminaria. Honded. *conſult. 47. num 6. & ſeqq. volum. 2.* Decianus. *conſil. 65. num. 2.* Tuſchus. *pract. concluſ. tom 8. concluſ. 112. num. 9. & ſeqq.* Simon de Prætis *d. interpret. ultim. volunt. lib. 2. interpretat. 2. dub. 1 fol. 3. num. 9.* quod tamen cum nuſpiam in legibus ſit cautum in hoc teſtamento privilegiato locum non habere exiſtimo.

66 Claris autem literis unciarum modus, & nomina liberorum exprimi debent; Tempus item: puta annus & dies ipſi ſcripturæ, vel ſubſcriptioni manu teſtatoris confectæ inſeri jubetur.

Dict. Novell. 107 cap. 1. ubi Cujac. Hartman. Piſtor. *dict. lib. 1. quæſtion. 2. numer. 1. 2. & ſeqq.* Iacob. Thoming. *lib. quæſtion. Illuſtr. quæſt. 4. num. 6.* ſunt item qui volunt, ut tempus Pontificis in terris Papæ, & Cæſaris Romani in terris imperii exprimatur, Bald. *in Auth. quod ſine, num. 4. C. de Teſtament.* & Alexand *conſil. 76. n. 11. vol. 3.* ſed de hac ſolennitate nihil cavetur *in d. Novell 107.*

67 Solennitas autem de anno & die non ſolùm neceſſaria eſt, cum ſimul extraneis aliquid relinquitur, ſed & ſi inter ſolos liberos parens teſtetur: ut & ſi ipſe parens propria manu teſtamentum ſcripſerit.

Dict. Novell. 107. cap. 1. Hartman. Piſtor. *dict. lib. 1. quæſt. 2. num. 2.* Thoming. *deciſ. 4. num 6.* Thadæ. Piſo. *var. reſol. cap. 7. lib. 1.* Diſſentit Barbat *conſil 58. num. 4.* & Cornæus *conſil. 307. in quinta ſolut.* Weſenbec. *conſil. 90 num 17.* Lubet hîc, hanc addere quæſtionem, an quemadmodum teſtamentum parentum inter liberos imperfectum valet ſic contra quoque teſtamentum liberorum imperfectum inter parentes valeat: quo videlicet patrem vel matrem vel ulteriores aſcendentes omiſſa juris communis ſolennitate hæredes inſtituerunt? Nego. *per l. 21. §. ex imperfecto C. de teſtament.* Gail *libr. 2. pract. obſervat. 112. num. 26.* Thadæus Piſo. *libr. 1. variar. reſolut. cap. 7. numer. 41.* Hartman. Piſtor.

lib. 1.

libr. 1. quæſt. 1. numer. 18. Tuſchus. *practic. concluſ. tom. 8. concluſ. numer. 72.*

Eſt & illud de ſolennitate hujus teſtamenti, ut ſi in eo etiam extra- 68
neis aliquid per legatum, vel fideicommiſſum relinquatur, id propria teſtatoris manu ſcribatur, & coram teſtibus hæc voluntas nuncupetur: alioquienim vires habet nullas, quod ipſis extraneis relictum eſt, etiamſi ad pias cauſas fuerit relictum.

Dict. Novell. 107. cap 1. verſ. ſi tamen, ubi Cujac. *l. hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto. C. de teſtament.* Thoming. *lib. deciſ. quæſt. Illuſtr. deciſ. 4. num. 4. & 6.* Harman. Piſtor. *lib. 1. quæſt. 2. num. 5.* alii quantum ad teſtes, ſi ad piam cauſam quid relictum ſit, contradicunt, *per Auth. quod ſine C. de teſtam.* etiam licet uxor ſit cum liberis inſtituta. Dn. Beſold. *diſput. 3. Iur. Würtenb. theſ. 40.* frequens tamen eſt quæſtio an uxor quoque patris inter liberos teſtantis, pro perſona extranea ſit habenda ita ut legatum ipſi in teſtamento patris manu conſcripto, ſed nullis teſtibus adhibitis, adſcriptum, ſit nullum. Affirmativa erit verior *arg. l. ſi jure non ſubſiſtit. 11. C. de teſtam. manumiſſ. Novell 107. cap. 1.* Burſat. *conſil. 206. numer. 11.* Ruin. *conſil. 11. numer. 11. volum. 2.* Pantſchman. *dict. libr. 2. quæſtion. 6. num. 39.*

Etſi verò parens inter liberos primi gradus, ſed inter nepotes & ne- 69
ptes abſque communi ſolennitate teſtetur, attamen ejus teſtamentum valere contra quoſdam concludimus.

Per text. in dict. l. hac conſultiſſima 21. §. ex imperfecto, ibi, inter ſolos, C de teſtam. junct. l. liberorum 220. ff. de verb ſign. & in d. §. ex imperfecto, excluditur tantùm extranea perſona. Non ergò, nepos & neptis. facit §. *poſtumorum autem. verſ. ne ergò eo modo, Inſtit. de exheredat. liber.* confert etiam huc quod favores ampliari debent, non reſtringi, *c. odia. de reg. jur. l. cùm quidam 119. ff. de liber. & poſt.* vide de hac quæſtione Hartman. Piſtor *dict. lib. 1. quæſt. 1. num. 16.* Tadæum Piſo *variar. reſolut. lib. 1. cap. 7. num 23.* Tuſchum. *practic. concluſ. tom. 8. concluſ. 115. num 61.* Boer *deciſ. 241.*

Eſt & illud controverſæ quæſtionis *(a)* poſſitne pater jure ſingu- 70
lari teſtando liberos ſuos ex diſparibus partibus heredes ſcribere? Nobis affirmativa probatur, ſive inæqualitas illa parva ſit, ſive magna, *(b)* non tamen enormis. *(c)*

a) Vide Andr. Gail. *libr 2 obſervat. 112. numer. 23. & ſeq.* & Hartman. Piſtoris *lib. 1. quæſt. 1. num. 11.* & Petr. Peckium *in tractat de teſtam. conjug. lib. 3. cap. 13.* Dn. Beſold. *dict. loc. theſ 42.* Mantic. *de conjectur. ult. volunt. lib. 6. tit. 2. num. 16.* (b) *Novell. 107. cap. 1. ibi uncias l. filii 16. Lulr. C. famil. ercis. l. parentibus 8. C. de inoffic. teſtam l. filia 20. §. ſi pater, ibi,*

proportionibus hereditariis, l. quæ pater 32. ibi, pro hereditaria portione, ff. famil. erciſc. l. quotiens 10. ibi, dividit, ac ſingulos certis portionibus jubet eſſe contentos Cod. d tit. Reuſner. *de teſtam. part. 4. cap. 5. num. 3. & ſeqq.* Gail. *2. obſerv. 112. num. 23. & 24.* Boer. *deciſ. 240. num. 10.* Hartman. Piſtor. *d. lib. 1. quæſtion. jur. quæſt. 1. num. 11.* Fachinæ. *lib. 4. controverſ. cap. 2.* Diſſentit Erneſt Cothman. *libr. 1. reſponſ. 6. numer. 46. & 21.* (c) Vt volunt, quos refert & ſequitur Cothman. *dict. reſponſ. 6. verſ. ſed unde.* Petrus Gilken. *in l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. num. 24. Cod. de teſtament.* vide item Wehner. *conſil. Francon. 83.*

71 Titulo tamen inſtitutionis, non legati, vel fideicommiſſi titulo parens liberis ſuis portionem aliquam relinquere jubetur, ſi jure ſingulari teſtamentum conditum vires habere velit.

Per Novell. 115. cap. 3. facit, quòd parens liberos ſuos neceſſariò heredes inſtituere, vel exheredare tenetur, *§. 1. Inſtit. de exheredat. liber. & l. 1. ff. de heredib. Inſtit. l. maximum vitium, C. de liber. præter.* Valq. *Tractat. de ſucceſſ. creat. lib. 2. §. 20. part. 4. num. 228.* & Andr. Gail. *lib. 2. obſervat. 11. num. 11.* Diſſentit Plebſt. *diſput. 3. theſ. 57. & 58.*

72 Exheredare autem parens liberos ſuos in teſtamento jure ſingulari condito non poteſt.

Per l. cum quidam 15. l. à primo. 8. l. ſi poſtumus 13. ff. de liber. & poſthum. Hotomannus *conſil. 54. num. 3.* Nec valet eorum præteritio, ut probat Hartm. Piſtor. *libr. 1. quæſt. 1. num. 13.* Fachinæus *libr. 4. controv. 24.* Mantica *de interpretat. ultimar. voluni. titul. 2.* Piſo. *in vari. reſolut. lib. 1. cap. 7. num. 39.*

73 Cæterùm in quæſtionem vocatur, an cœptum à parente teſtamentum, ſed nondum ex caſu incidente abſolutum, valeat? Et non valere putamus.

l. Si is, qui teſtamentum. 25. ff. qui teſtamentum fac. poſſ. l. furioſum 9. C. dict. tit. Mynſinger. *centur. 5. obſerv. 28. num. 4.* Valq *de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 22. num. 6. verſ. Quid dicendum*, vide Duaren. *ad tit. ff. qui teſtament. facer. poſſ. de effectu ſolennitatis ſervatæ in teſtamento, pagin. 440. col. 2.*

74 Eſt & illud quæſtionis dubiæ, an liberi imperfecto patris teſtamento inſtituti, teſtamentarii, vel legitimi dicendi ſint heredes? poſterius quo ad hæreditatis delationem probandum nobis videtur.

Per text. in l. filii 16. & l. ult. C famil. erciſc. Fachinæ. *lib. 4. controv. jur. c. 4. verſ. quod attinet.* Vide quoque Hartman. Piſtor. *lib. 1. q. 2. numer. 30.* Hæreditas defertur vel teſtamento vel ab inteſtato vide *ſupr. diſputat. 1. theſ. 9. claſſ. hac. 3.* Sed pater inter liberos ultimam ſuam voluntatem ordinando non tam condit teſtamentum, id eſt, non

tam

tam hæreditatem relinquit teſtato, quam legitimam diſtribuit hæreditatem.

Porrò teſtamentum quoque ad pias cauſas conditum, ut in quo teſtator bona ſua Eccleſiæ, vel pauperibus, vel captivis ad eos redimendos relinquit, licet coram duobus tantùm teſtibus etiam fœminis non ſpecialiter rogatis, factum ſit, jure tamen ſubſiſtit. 75

6. *Relatum eſt, quod cum ad veſtrum,* & ibi Didac. Covarruv. *extra de teſtament.* Iul. Clar. *lib. 3. ſentent. §. teſtamentum, q. 6. num. 2-3.4. & ſeqq.* Ferd. Vaſq. *Tract. de ſucceſſ creat. lib. 3. §. 22. num. 3.* Boër. *deciſ. 93. n. 4. & ſeqq.* Fachinæ. *lib. 4. controv. jur. cap. 3 verſ. Quod attinet ad tertium.* Tyraq. *intract. de privileg. piæ cauſæ. privil. 1.* Gilken. *ad l. 1. C. d. SS. Eccl. n. 7. & 8. & in l. 21. C. d. teſtam. n. 30.* vide me *ad t. Inſtit. d. militar. teſtam. n. 49.* Ant. Merend. *lib. 4. controv. jur. c 16.*

Etſi autem Teſtamentum ad pias cauſas ſolo nutu, teſtibus tamen vel duobus adhibitis, fieri poſſit; (*a*) Si tamen ratione voluntatis imperfectum fuerit, non valet. (*b*) Neque vires habet, ſi tantum privata teſtatoris ſcriptura contineatur, nullis teſtibus ſubnixa. (*c*) 76

a) Tyraq. *ad l. ſi unquam, in verb. donatione largitus, num. 326. C. de revocand. donat.* Vaſq. *dict. §. 22. num. 15.* Sichard. *ad l. jubemus. 29. n. 5. C. de teſtam.* (b) *l. 1. ibi voluntatis noſtræ juſta ſententia, ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. pen. Cod. quib. ut indig. l ſi is, qui teſtamentum 25 ff. qui teſtam. fac. poſſunt. l. furioſum 9. C. d. t.* Boer. *Deciſ. 93. num. 10. & Deciſ. 240. num. 4. & ſeqq.* Mynſing. *cent. 5. obſervat 28.* (c) Iul. Clar. §. *Teſtamentum, q. 7.* Iacob. Thom. *deciſ. 7.*

Ruſticis quoque jure ſinguli teſtamentum condere licet. Si enim iis locis, ubi teſtantur, ſeptem inveniri teſtes nequeant, ſub præſentia quinque teſtium, in teſtamentis idoneorum, (*a*) rectè ultimam ſuam ordinare voluntatem poſſunt. Etſi non omnes illi teſtes literas ſciant, literati pro aliis ſubſcriptionem ſuam interponere poſſunt. (*b*) 77

a) Vaſq. *Tractat. de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 22. num. 34. verſ. limita.* Alex. *conſ. 90. n. 14. vol. 2.* Iaſ. *in l. ult. C. de teſtam.* Qui ſcribunt, quod in teſtium qualitate nihil ſit remiſſum ruſticis. (b) *d. l. ult. C. de teſtam. d. ordinat. Imp. Maximiliani, de qua in Receſſibus Imperii, p. 104. §.* vnd ſollen die/ *verſ.* Item vnnd auff dem Gaw.

Cæterum quæritur, an quis jure ſingulari, vel communi jure teſtari voluiſſe præſumatur? Placet autem illorum ſententia, qui præſumendum putant, eo jure quem voluiſſe teſtari, quo jure teſtamentum ſubſiſtere poteſt. 78

Per

Per l. 3. ff. de testament. militar. Menoch. libr. 4. præsumpt. præsumpt. 4.

Clas. III. Disputat. III.

DE INSTITUTIONE, ET exheredatione liberorum, parentum, itemq; sororum.

Thesis I.

1 PRoximè de Regulis Iuris, quæ Testamenti solennitatem concernunt, disseruimus: Nunc de his, quæ testamenti partes spectant, dicemus, Partes testamenti aliæ propriæ iunt testamenti, & quidem principales; veluti, heredis directa institutio, & exheredatio: (a) aliæ communes cum testamento & Codicillis, & quidem testamenti accessoriæ; ut legatum, (b) fideicommissum, (c) & tutelæ datio. (d)

a) *l. Inter cætera. 30. ff. de liber. & postum. l. Non codicillum. 14. C. de testam. §. codicillis autem, & §. directò autem hereditatis, Instit. de codicillis, l. 1. in fin. ff. de vulg. & pupill. substit. l. proxime. 3 vers. Calphurnius, ff. de his, quæ in testam. delent. l. ult. ff. de jure codicillor §. ante heredis, Inst. de legat. §. inprimis igitur. 2. Inst. de fideicommiss hereditat.* Etsi verò exheredatio propria sit pars testamenti; substantialis tamen & perpetua non est: quippe cum etiam sine exheredatione testamentum fieri possit, *l. 1. §. qui neque, ff. de hered. Inst.* (b) legatum antiquitus solo testamento relinqui poterat, *§. præterea. 10. Inst. de fideicommiss. heredit. l. legatum, 6. ff. de leg. 2. l. legatum 116. in pr. ff. de legat. 1.* vel codicillis testamento confirmatis, *l. quod purè 6. §. ult ff. quando dies legat. ced. & l. si quis 22. in pr. ff. de legat. 3.* Verùm Iustinianeo jure relinqui potest etiam in cæteris codicillis: quippe cum legata eo jure exæquata sint fideicommissis, *§. sed non usque. 3. Inst. de legat. l. 1. & 2. C. communia de legat. & fideicommiss.* (c) *l. 2. l. 3. & t. t. ff. de legat. & fideicommiss. §. inprimis igitur sciendum, & t. t. Inst. de fideicommiss. heredit. §. potest autem, §. 2. vers. qui autem ex fideicommissi. Inst. de singulis reb. per fideicommiss. relict dict. §. 2. vers. directò autem. Inst. de codicill.* (d) *l. 3. & t. t. ff. de testam. tutel.* Di-

Digitized by Google

Directa heredis institutio est, quâ testator hereditatem suam alicui 2
defert recto jure, ita scilicet, ut ipsa à morte testatoris recta, (non per media persona) ad eum, cui defertur, transeat.

Dict. §. Codicillis. vers. Directo autem. Inst. de Codicill. & d. §. imprimis igitur. 2. Inst. de fideicommiss. hered.

In heredis autem institutione spectantur tum personæ, quæ institu- 3
untur; tum gradus Institutionis.

Hæredis institutio quibus modis facta intelligatur & quemadmodum possit extendi, latissimè tractat Mantica *de conjectur. ultimar. volunt. lib. 4. t. 3.* Quomodo ea restringatur. Mantica *eod. lib. t. 4.*

Personarum, quæ instituuntur, genera duo sunt; unum est illorum 4
hominum, quibus testator quodam pietatis officio hereditatem deferre tenetur, nisi exheredatione, vel præteritione digni existimentur, ut sunt testatoris liberi: Item parentes, & fratres atque sorores, (a) de quibus ordine agendum: Alterum est eorum, quos testator suo tantum libero arbitrio heredes designat. (b)

a) *l. 1. l. 2. l. Nam etsi. 15 in pr. ff. de inoff. testam.* (b) *t. 1. Inst. ff. & C. de hered. Inst.*

Circa liberos autem instituendos, vel exheredandos triplex inspe- 5
ctio incurrit; Qui videlicet liberi, à quo parente instituti, aut exheredari debeant, vel præteriri possint: tum quomodo illi sint instituendi, quos instituti oportet: & tandem quomodo exheredandi sint, qui non instituuntur.

Instituti verò, aut exheredari à parente necessariò debent sui here- 6
des, tàm nati, quàm futuri postumi, (a) tàm fœminæ, quàm mares, non modò primi, sed & ulteriores gradus, veluti nepotes, neptes, cæterique descendentes. (b)

a) *Inst. de exhered. liber. in pr. §. postumi quoque, & §. postumorum autem.* (b) *§. sed hæc quidem Inst. d. t. l. maximum. 4. C. de liber. præter.*

Sui heredes sunt, qui in potestate testatoris parentis primum gra- 7
dum obtinent, licet filii, aut filiæ non sunt, sed nepotes, vel neptes, cæteri- 8
vè descendentes.

§. Postumorum. 2. Inst. de exheredat. liber. & §. sui autem 2. Inst. de hæred. qualit. & different.

Postumos appellamus non modò qui moriente parente adhuc in 9
utero sunt materno, & post parentis mortem demum nascuntur, sed & ex legis Vellejæ capite primo, qui vivo adhuc parente post conditum ejus testamentum nascuntur. Quin etiam eos vocamus postumos liberos ex ejusdem legis capite secundo, qui nati quidem fuerunt ante conditum testamentum, sed postea vivo parente in sui heredis locum successerunt.

Dict. §. postumorum. 2. Instit. de exheredat. liber. l. 3. §. 1. & l. postumorum. 13 ff. de inst. vupt. inviol. sunt testament. Postumus itaque dicitur quasi post humatum parentem natus sit, *l. 3. §. ex his, ff. d. t.* unde postumi nomen sine abominatione sortiendum. Cujac. *lib. 3. obs. c. 4.* vide Vultejum *lib. 1. Jurispr. Rom. c. 78 n. 57 & seqq.*

9 Sui autem heredes, conditi testamenti tempore nati, nisi instituantur, vel rite exheredentur, sed silentio prætereantur, testamentum confestim ipso jure nullum est; in tantum ut nec postea eorum defectu confirmetur, (a) etiamsi adoptivi fint liberi. (b)

(a) *Inst. de exheredat. liber in prine. l. 2. C. de postum. hered. l. si filius. 7. l. inter cætera. 32 ff. de liber. & postum. l. quod initio ff. de reg. jur.* (b) *§. adoptivi liberi, Inst. de exheredat. liber. l. pen. C. de adopt.* vide Gail. *lib. 2. observat. 130.*

10 Et licet parens suis heredibus titulo legati, vel fideicommissi legitimam reliquerit, nihilominus tamen ejus testamentum ob omissam institutionem, vel exheredationem, nullum est.

Per text. ad præcedentem thesin sub lit. A. allegatos, qui vel institutionem, vel exheredationem desiderant. l. 4. in fin. vers. sed quia. C. de liber. præter. Habentur pro præteritis, qui neque instituti sunt, neque ut oportet exheredati *§. eadem hæc. Inst. de hæredit. quæ ab intestat. defer.*

11 Sin autem postumi sui heredes neque instituti, neque exheredati sint, sed silentio omissi, ab initio quidem valet testamentum, sed postea nati ipsis postumis, aut succedendo in primum liberorum gradum suis heredibus factis, ipso jure testamentum rumpitur.

§. Postumi quoque. & §. postumorum, Inst. de exheredat. liber. l. 1. C. de postum. hered. inst. Dissentit Vultej. *ad d. §. Postumi, num. 14. & seq. & ad §. 1. num. 3. Inst. quib. mod. testam. infir.* ubi putat correctum esse *§. postumi per Novell. 115. ubi ingratitudo requiritur ad exheredationem, & d. § 1.* esse correctum per *l. 4. §. ult. C. de liber. præter.* Paul. Christine. *vol. 4. Decis. Belg. decis. 18. seq.*

12 Si igitur mulier, ex qua postumus sperabatur, abortum fecerit, utile & firmum manet testamentum, in quo præteritus fuit postumus: (a) Nisi integrum animal cum spiritu editum sit, aut filius execto ventre vivus sit editus, (b) & non ad prodigium vel monstrum deliuet. (c)

(a) *§. Postumi. vers. ideoque si mulier, Inst. de exheredat. liber l. 2. l. penult. C. de postum. hered. instit.* Qui enim mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia nunquam liberi appellari potuerunt; *l. qui mortui. 129. ff. de verb. signif.* (b) *l. quod dicitur 12. in princ. & §. 1. ff. de liber. & postum. hæredib. instituend.* (c) *l. 3. Cod. de postum. hered. instituend.*

Etsi

Etsi verò præteritione sui heredis nullum efficiatur testamentum, 13
adeò ut, licèt suus ille heres vel vivo testatore decedat, vel hereditate se abstineat, non convalescat: si tamen institutus heres is sit, qui etiam ab intestato hereditatem auferre possit, voluntas testatoris ex bono & æquo servari debet, & bonorum possessio secundum tabulas instituto dari, (a) admisso scilicet præterito filio ad virilem portionem. (b)

a) §. *Postumus 12. in pr. & l. filio præterito 17. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* (b) *per l. non putavit 8. §. fin. ff. de bon. poss. contra. tab. & sed non ita Inst. de exhered. lib. Vlp. lib. Inst. t. 2. § scriptis heredib.*

Institutis autem extranei heredibus, licet sui heredes præteriti po- 14
stea vivo testatore moriantur, vel ejus hereditate se abstineant, successioni ab intestato locus est, nec instituti illi extranei heredes ex voluntate testatoris petere hereditatem aut bonorum possessionem secundum tabulas possunt.

l. 1. C. de postum. hered. instituend. Instit. de exheredat. liber. in princ. vers. adeò quidem. Donell. *lib. 6. Comment. c. 13. pag. 29. & cap. 16. in fin. pag. 46.* Vasq. *de success. § 6. num. 19.* Menoch. *cons. 13.* Gomez. *c. 11. n. 4.* Parlerius *de sol.* Francisc. de Barri *de testam. lib. 10. t. 3. n. 25.*

Si tamen mortuo suo herede præterito parens vivus declaraverit, se 15
eodem illo testamento mori velle, etiam extranei instituti bonorum possessionem secundum tabulas illius testamenti petere sine metu exceptionis possunt.

Arg. l. pen. §. ult. ff. de bonor. possess. secund. tabulas. Donellus *proximè allegatis locis.*

Sed vocatur hic in quæstionem, an præteritione liberorum & po- 16
stumorum, suorum heredum, sola infirmetur; & nulla sit institutio; legata verò & cætera testamenti capitula salva maneant? Et licet affirmativæ Interpretes ferè omnes adhæreant, (a) nos tamen cum Cujacio (b) patrocinium negativæ suscipiemus. (c)

a) *Novell. 115. cap. 3. in fin. ad Auth. ex causa, C. de liber. præter.* & ibidem etiam ex recentioribus Donell. *num. 8.* Idem Donell *lib. 6. Commentar. cap. 13. pag. 32. circa finem.* Dn. Besold. *disput. 3. ad Jur. Wirtenb. thes. 133.* Gail *2. observ. 113.* Grass. *§. legatum quæst. 67. num. 2.* Fachin. *lib. 4. controvers. cap. 10. & lib. 6. controv. 77. & lib. 10. cap. 70.* (b) *ad l. 4. prope finem. ff. de liber. & postum. & ad Novell. 18.* (c) *l. filio 17. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testament.* Hackelman. *illustr. quæstion. disputat. 6. thes. 8.* Treutler. *vol. 1. disput. 13. thes. 7. lit. C.*

Ad emancipatos liberos quod attinet, licet hi neque instituti, ne- 17
que ritè exheredati sint, testamentum tamen ipso jure valet; sed præteritis datur bonorum possessio contra tabulas, ad rescindendum, & infirmandum illud testamentum.

§. *Emancipatos*, *Instit. de exhered.at. liber.* l. 4. *Cod. de liber. præter*, l. *non putavit* 2. §. *ult. ff. de bonor. poss. contra tab.* Quod jus nova Iustiniani legislatione, quæ est in *Novell. 115. cap 3.* aliud quoque correctum esse negamus: id quod negat etiam post alios Donell. *ad dict Auth ex causa*, *numer 4. & 5. C. de liber. præter. & d. lib. 6. Comment. cap. 13. pag 30. & seqq.* vide me *ad §. emancipatos 3 Instit. de exheredat. liberor. num. 40. & seqq.* Dissentit Viglius & Vultejus *in §. ult. Inst. de exhæred liber.* Graff. *in § bonor. possessio. quæst 32.* Schneidewin *in d. §. emancipatos Inst. dict. tit.*

18 Miles quoque in expeditione occupatus, liberos suos, quos scit se habere, licitè prætetire potest, ejusque prætiritio pro exheredatione est.

§. Sed si in expeditione. 6 Instit. de exheredat. liber. l. sicut. 9. C. de testament. militar. l. si patronus. 12 in princ. ff de bon. liberor. l. qui juve. 7. §. si filiusfam. 33. l. milites. 36. §. miles. 2. ff. d. testament. milit. Ratio est, quia hoc jus de necessitate exhæredationis liberorum juris civilis est, utpote quod pendet ex patria potestate: Ea autem quæ juris civilis sunt militi in testamento sunt remissa, in militis enim testamento non requisita juris civilis, sed sola spectatur voluntas. *l. 1. ff. de militar. testam.* Necesse tamen est ut sciat liberos habere in vivis. *d. l. 9. l. 10. C. d. testament. militar.* Sed an simplex militis prætiritio *per Novell. 115.* quæ causæ expressionem desiderat, sit correcta? Affirmativa placet Covarruv. *in c quia nos. 9. num. 7. extr. d. testament. num. 9.* Claro. *libr. 5. sentent. §. testamentum. quæst. 42. num 3.* Grasso. *§. testamentum. quæst. 41. num 10.* cum citatis ab iis: Negativa tamen potior erit, per ea quæ tradunt Vasquius *de succeff. creat. libr. 3. §. 24. limitat. 19. num. 32.* Gilcken. *in auth ex causa. num 36. Cod de liber. præterit.* Hunn. *lib. 2. variar. resolut. jur. civil. tractat. 5. quæst. 22.*

19 Similiter mater, vel avus maternus, ut & cæteri per matrem ascendentes, necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut nominatim exheredare, sed possunt eos prætertre, sive silentio omittere; idque silentium tantum facit, quantum in filio suo herede exheredatio patris: unde liberi ita prætiriti querelam tantùm inofficiosi testamenti adversus institutos heredes movere, (a) non etiam ipsum testamentum dicere nullum possunt. (b)

a) §. *Mater. 7 Institut. de exheredat. liberor. l. 3. l. filiam 15. Cod. de inoffic. testament.* etiamsi legitima titulo legati, vel fideicommissi ipsis fuerit relicta, *Novell. 115. cap. 3. & cap. 5.* Dissentit Vaud. *lib. 1. variar. quæstion. jur. cap. 5.* (b) nam allegata jam jura cùm nominatim & specialiter non sint correcta per *Novell. 115. cap. 5.* certè adhuc vigere jubentur, *l. præcipimus 32. in fin. Cod. de appellat.* Duaren. *ad tit. de inoffic. testament. cap. 5.*

cap. 3. mihi, pag. 230. col. 2. & ad t. ff. de liber. & postum. cap. 3. mihi, pagin. 457. col. 2. Vasquius *de succeff. creat. libr. 2. §. 20. part. 3. requisit. 29. declarat. 3. num. 268.* Cujac. *in l. 4 circa fin ff. d. tit. & in Novell. 18. mihi, pag. 129.* Donell. *ad Auth. non licet. & Auth ex causa, num. 5. Cod. de liber. præter. & lib 6. Comment. cap. 13.* plerique tamen Interpretes dissentiunt, inter quos etiam est Iul. Clar. *libr. 3. sentent. §. testamentum, quæst. 47.* Mynsing. *ad d §. mater, num. 3. Inst. de exheredat. liber.* & ibidem etiam Hermannus Vultejus. Vide Pruckman. *de different. Vtriusque sexus part. 2. princ. artic. 33.* Corneum *consil. 118. libr. 2.* Grassum. *§. testamentum. quæstion. 36.*

Nec ergo necesse habebit pater naturales suos liberos heredes facere, vel exheredes scribere, sed horum præteritio similiter pro exheredatione accipienda erit: *(a)* quam si injustam hujusmodi liberi putent, pro retinenda sua legitima inofficiosum arguere parentis testamentum possunt. *(b)*

a) *Argument. l. ex facto 17. §. si quis rogatus, ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* (b) *l. si suspecta 29. §. 1. ff de inoffic. testament.* Cujac. *ad Novell. 18. mihi pag. 138. in princip.* Dissentit Iohan. Schneidewin. *ad §. 1. Instit. de heredit. quæ ab intest. defer. cap. de succeff. liber. natural. numer. 8. & ad §. non autem liberis. num 4. Instit. de inoffic. testament.* vide me *ad titul. Instit. de exheredat. liber. numer. 58. & seqq.* Treutler. *volum. 2. disputat. 11. thes. 1. lit. C.*

Hactenus qui parentes quos liberos instituere vel exheredare teneantur; qui item quos præterire possint, expositum est: Sequitur nunc, quo modo liberi heredes sint instituendi. Modus autem hic est, ut filius suus heres purè instituatur, aut sub ea conditione, quæ sit in ipsius potestate.

l. 4. In princ. ff. de hered. instit.

Si institutus sit filius suus heres sub ea conditione, quæ vel naturâ, vel lege in potestate ejus non sit, nisi sub contraria conditione exheredatus fuerit, *(a)* inutilis est institutio, & testamentum nullius est momenti. *(b)*

a) *l. Lucius Titius. 83. ff. de condit. & demonstr. ibi, & ideo testamentum nullius esse momenti. l. jam dubitari. 86. ff. de hered. instituend. l. si pater filium. 4. ibi, nec in defectum ejus exheredav. t, C. de instit. & substit. l. filius à patre. 28. in princ. ff. de liber. & postum.* (b) *d. l. 4. C. de instit. & substit. d. l. Lucius Titius 83. ff. de condit. & demonstrat. l. filius. 15. l. ult. ff. de condit. instit.* Obstare videtur *l. si quis heredem 6. C. de instit. & substit.* sed vide Duaren. *ad tit. de conditionib. instit. cap. 4. pag. 551.* & Donell. *lib. 6. Comment. cap. 12. pag. 28. lin. 30. & seq.* obstare item videtur *l. quoniam 32.*

& l. scimus 36. §. cum autem, Cod. de inoffic. testam. ex quibus nonnulli volunt, ejusmodi conditionem non vitiare testamentum, sed ipsum subduci, ut institutio pro pura habeatur, vide Iul. Clarum. *in §. testamentum, quæst. 39. num. 4.* idem etiam scribit Tiberius Decianus *Respons. 50. vol. 2.* ubi existimat *dict. l. si pater filium. 4. C. de Instit. & substitut.* correctam esse per leges modò allegatas.

23 Idem quoque dicimus, si nepos sub ejusmodi conditione sit institutus.

l. Maximum. 4. C. de liber. præter. & §. sed hæc quidem vetustas. Instit. de exheredat. liberor. Iul. Clar. *libr. 3 sentent. in §. testamentum, quæst. 39. num. 3* Francisc. Connan. *lib. 10. Comment. cap. 2. num. 4. pag. 1049.* obstat. *l. sed si. 6. §. nepotes autem, ff. de hered. instituend.* vide Donell. *dict. lib. 6. Comment. cap. 12. pag. 26.*

24 Emancipati verò liberi, ut & cæteri, qui sui heredes non sunt, ut purè, sic & sub quavis honesta conditione rectè instituuntur, eaque conditio implenda est, (a) non tamen ratione legitimæ, quam omni detracta conditione, ut quovis alio gravamine, liberi statim à morte testatoris obtinent. (b)

a) *Per d. l. 4. ff. de hered. Instit.* (b) *d. l. quoniam in prioribus. 32. & l. scimus. 36. § cum autem, C. de inoffic. testam.*

25 Proximum nunc est, ut dispicamus, quomodo exheredandi sint liberi, qui non instituuntur: Exheredandi autem sunt tum ritè, (a) tum justis, & meritis de causis. (b)

a) *l. Non putavit. 8 §. non quævis. ff. de bonor. possess. contra tabul.* (b) *Novell. 115. cap 3. infr. thes 35.*

26 Ritè exheredare, est exheredare nominatim, purè ex hereditate ipsa, & omnibus illique totis gradibus.

Instit. de exheredat. liber. in princ. & §. 1. § nominatim; l. 1. 2. & 3. l. si postumus 14. l. cum quidam 19. ff. de liber. & postum. Thomas Linius *ad dict. tit. Instit. de exheredat. liber. in princ.* Donell. *ad Auth. non licet, numer. 3. & 6. C. de liber. præter. & libr. 6. Comment. cap 12. pag. 27.* Præterito tamen filio, licet ille præmoriatur, tamen testamentum non convalescit, pro ut probat Dn. D. Besold. *part. 1. delibat. ad lib 5. ff. quæst 20.*

27 Nominatim exheredantur liberi, si vel ipsorum nomine, cognomine, prænomineve expresso, vel certa demonstratione, quæ vice nominis fungatur ab hereditate removeantur.

§. Nominatim autem, ubi Viglius *Instit. de exheredat. liber. d. l. 1. 2. & etsi pepercerit. 3. l. filii etiam. 17. l. Titius. 25. ff. de liber. & posthum. l. si quis filium. 3. C. de liber. præter.*

28 Qui indefinitè exheredantur, id est, verbis ejusmodi, quibus continen-

nentur non solùm liberi, sed & alii, puta parentes, consanguinei, agnati, cognati, affines, amici, non nominatim, sed inter cæteros exheredari dicuntur.

l. Lucius 53. ff. de hered. inst. Cujac. *ad l. 1. & 2. post pr. & in fin. ff. de liber. & posthum.*

Ex Iustiniani autem constitutione omnes liberi si non instituantur 19
heredes, nominatim exheredari jubentur; (a) licèt olim filiæ inter cæteros exheredari poterant. (b)

a) §. *Sed hæc quidem vetustas. Instit. de exhered. lib. & l. maximum. 4. C. de liber. præter.* (b) *Inst. de exhered. lib. in pr. §. 1. §. postumi, vers. sed fœminini, & §. emancipatos.*

Sunt item exheredandi liberi purè, & simpliciter non sub conditio- 20
ne, (a) nisi sub contraria conditione heredes instituantur. (b)

a) *l. 3. §. 1. ff. De liber. & postum.* certo enim judicio liberi à parentum successione removendi sunt, *l. sed sub conditione. 18. in princ. ff. de bonor. poss. contra tab.* quod judicium in his non est, qui dubitantes de eventu exheredant. Dubitant autem, qui exheredationem ex conditionis eventu suspendunt, *d. l. sed sub conditione. 18. ff. d. t.* (b) *l. jam dubitari. 86. ff. de hered. inst. l. si pater. 4. C. de instit. & substit. supr. hac disput. thes. 22.*

Adhæc, ut ritè exheredentur liberi, exheredari debent ex hereditate 21
ipsa, non ex re certa, veluti ex fundo. Ex fundo quidam institutio facta valet, & institutus intelligitur detracta fundi mentione, (a) sed exheredatio ex re certa si fiat, haud rectè fieri dicitur. (b)

a) *l. 1. §. Si ex fundo, & l. ex facto 35. ff. de hered. inst.* (b) *l. cum quidam 19. ff. de liber. & posthum.*

Denique ut ritè exheredatio facta dicatur, ab omnibus, ut dixi, iisq; 22
totis gradibus exheredandi sunt liberi. Alioqui ille gradus, à quo exheredatio facta non est, vitiatur.

l. 3. §. Si filium inter medias. 2. & §. ult. l. si postumus 14. in pr. & §. quod vulgò dicitur ff. de liber. & postum. Donell. *lib. 6. Comment. jur. Civ. c. 12. pag. mihi. 27.*

Quòd si non ritè exheredati sint liberi, pro præteritis habentur. (a) 23
Siquidem paria sunt, non fieri, & non ritè fieri. (b)

a) *§ Eadem hæc. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* (b) *l. 1. §. quod si vers. & quidem, ff. quod cujusque univers. nom. l. 2. §. si quis, ff. qui test. fac. possit. l. quamvis. 8. §. si convenerit, ibi, quid enim interest, non det, an talem det, ff. ad Senatusconsultum Vellejan.*

Est autem ipso jure nullum testamentum, in quo liberi sui heredes 24
non ritè exheredati sunt; (a) Proindeque licet bonorum quoque pos-

sessio-

Per l. 3. ff. de testament. militar. Menoch. libr. 4. præsumpt. præsumpt. 4.

Clas. III. Disputat. III.

DE INSTITUTIONE, ET exheredatione liberorum, parentum, itemq; sororum.

Thesis I.

1 PRoximè de Regulis Iuris, quæ Testamenti solennitatem concernunt, disseruimus: Nunc de his, quæ testamenti partes spectant, dicemus, Partes testamenti aliæ propriæ sunt testamenti, & quidem principales; veluti, heredis directa institutio, & exheredatio: (a) aliæ communes cum testamento & Codicillis, & quidem testamenti accessoriæ; ut legatum, (b) fideicommissum, (c) & tutelæ datio. (d)

a) *l. Inter cætera. 30 ff de liber & postum. l. Non codicillum. 14. C. de testam. §. codicillis autem, & §. directò autem hereditatis, Instit. de codicillis, l. 1. in fin. ff. de vulg. & pupill. substit. l. proxime. 3 vers. Calphurnius, ff. de his, quæ in testam. delent. l. ult. ff. de jure codicillor §. ante heredis, Inst. de legat. §. inprimis igitur. 2. Inst. de fideicommiss hereditat.* Etli verò exheredatio propria sit pars testamenti; substantialis tamen & perpetua non est: quippe cum etiam sine exheredatione testamentum fieri possit, *l. 1. §. qui neque, ff. de hered. Inst.* (b) legatum antiquitus solo testamento relinqui poterat, §. *præterea. 10. Inst. de fideicommiss. heredit. l. legatum, 6. ff. de leg. 2. l. legatum 116. in pr. ff. de legat. 1.* vel codicillis testamento confirmatis, *l. quod purè 6. §. ult ff. quando dies legat. ced. & l. si quis 22. in pr. ff. de legat. 3.* Verùm Iustinianeo jure relinqui potest etiam in cæteris codicillis: quippe cum legata eo jure exæquata sint fideicommissis, §. *sed non usque. 3. Inst. de legat. l. 1. & 2. C. communia de legat. & fideicommiss.* (c) *l. 2. l. 3. & t. t. ff. de legat. & fideicommiss. §. inprimis igitur sciendum, & t. t. Inst. de fideicommiss. heredit. §. potest autem, §. 2. vers. qui autem ex fideicommissi. Inst. de singulis reb. per fideicommiss. relict dict. §. 2. vers. directò autem. Inst. de codicill.* (d) *l. 3. & t. t. ff. de testam. tutel.* Di-

Digitized by Google

Directa heredis institutio est, quâ testator hereditatem suam alicui 2
defert recto jure, ita scilicet, ut ipsa à morte testatoris rectâ, (non per me-
diam personam) ad eum, cui defertur, transeat.

*Dict. §. Codicillis. vers. Directo autem. Inst. de Codicill. & d. §. imprimis
igitur. 2. Inst. de fideicommiss. hered.*

In heredis autem institutione spectantur tùm personæ, quæ institu- 3
untur; tum gradus Institutionis.

Hæredis institutio quibus modis facta intelligatur & quemadmo-
dum possit extendi, latissimè tractat Mantica *de conjectur. ultim. vol. lib. 4. t. 3.* Qu modo ea restringatur. Mantica *eod. lib. t. 4.*

Personarum, quæ instituuntur, genera duo sunt; unum est illorum 4
hominum, quibus testator quodam pietatis officio hereditatem deferre
tenetur, nisi exheredatione, vel præteritione digni existimentur, ut sunt
testatoris liberi: Item parentes, & fratres atque sorores, (a) de quibus
ordine agendum: Alterum est eorum, quos testator suo tantum libero
arbitrio heredes designat. (b)

a) *l. 1. l. 2. l. Nam etsi. 15. in pr. ff. de inoff. testam.* (b) *t. 2. Inst. ff. &
C. de hered. Inst.*

Circa liberos autem instituendos, vel exheredandos triplex inspe- 5
ctio incurrit; Qui videlicet liberi, à quo parente instituti, aut exheredari
debeant, vel præteriri possint: tum quomodo illi sint instituendi, quos
instituat oportet: & tandem quomodo exheredandi sint, qui non institu-
untur.

Instituti verò, aut exheredari à parente necessariò debent sui here- 6
des, tàm nati, quàm futuri postumi, (a) tàm fœminæ, quàm mares, non
modò primi, sed & ulteriores gradus, veluti nepotes, neptes, cæterique de-
scendentes. (b)

a) *Inst. de exhered. liber. in pr. §. postumi quoque, & §. postumorum au-
tem.* (b) *§. sed hæc quidem Inst. d. t. 1. maximum. 2. C. de liber. prater.*

Sui heredes sunt, qui in potestate testatoris parentis primum gra- 7
dum obtinent, licet filii aut filiæ non sunt, sed nepotes, vel neptes, cæteri-
ve descendentes.

*§. Postumorum. 2. Inst. de exheredat. liber. & §. sui autem. 2. Inst. de he-
red. qualit. & different.*

Postumos appellamus non modò qui moriente parente adhuc in 8
utero sunt materno, & post parentis mortem demum nascuntur, sed & ex
legis Vellejæ capite primo, qui vivo adhuc parente post conditum ejus
testamentum nascuntur. Quin etiam eos vocamus postumos liberos
ex ejusdem legis capite secundo, qui nati quidem fuerunt ante condi-
tum testamentum, sed postea vivo parente in sui heredis locum succes-
serunt.

Dict. §. postumorum. 2. Instit. de exheredat. liber. l. 3. §. 1. & l. postumorum 13 ff. de injust. rupt. irrit. fact. testament. Postumus itaque dicitur quasi post humatum parentem natus sit, *l. 3. §. ex his, ff. d. t.* unde postumi nomen sine aliorationis scribendum, Cujac. *lib. 3. obs. c. 4.* vide Vultejum *lib. 1. Jurispr. Rom. c. 78. n. 57. & seqq.*

9 Sui autem heredes, conditi testamenti tempore nati, nisi instituantur, vel rite exheredentur, sed silentio prætereantur, testamentum confestim ipso jure nullum est; in tantum ut nec postea eorum defectu confirmetur, (a) etiamsi adoptivi sint liberi. (b)

a) *Inst. de exheredat. liber in princ. l. 2. C. de postum. hared. l. si filius. 7. Inter cætera 30. ff. de liber. & postum. l. quod initio ff. de reg. jur.* (b) *§. adoptivi liberi, Inst. de exheredat. liber. l. pen. C. de adopt.* vide Gail. *lib. 2. observat. 136.*

10 Et licet parens suis heredibus titulo legati, vel fideicommissi legitimam reliquerit, nihilominus tamen ejus testamentum ob omissam institutionem, vel exheredationem, nullum est.

Per text. ad præcedentem thesin sub lit. A. allegatos, qui vel institutionem, vel exheredationem desiderant. l. 4. in fin. vers. sed quia. C. de liber. præterit. Habentur pro præteritis, qui neque instituti sunt, neque ut oportet, exheredati *§. eadem hac. Inst. de heredit. quæ ab intestat. defer.*

11 Sin autem postumi sui heredes neque instituti, neque exheredati sint, sed silentio omissi, ab initio quidem valet testamentum, sed postea natis ipsis postumis, aut succedendo in primum liberorum gradum suis heredibus factis, ipso jure testamentum rumpitur.

§. Postumi quoque. & §. postumorum, Inst. de exheredat. liber. l. 1. C. de postum. hared. inst. Dissentit Vultej. *ad d. §. Postumi, num. 14. & seq. & ad §. 1. num. 3. Inst. quib. mod. testam. infir.* ubi putat correctum esse *§ postumi, per Novell. 115. ubi ingratitudo requiritur ad exheredationem, & d. § 1.* esse correctum, et *l. 4. §. ult. C. de liber. præter.* Paul. Christinæ. *vol. 4. Decis. Belg. decis. 18. seq.*

12 Singitur mulier, ex qua postumus sperabatur, abortum fecerit, utile & firmum manet testamentum, in quo præteritus fuit postumus: (a) Nisi integrum animal cum spiritu editum sit, aut filius exsecto ventre vivus sit editus, (b) & non ad prodigium vel monstrum declinet. (c)

a) *§. Postumi. vers. ideoque si mulier, Inst. de exheredat. liber. l. 2. l. penult. C. de postum. hared. instit.* Qui enim mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: quia nunquam liberi appellari potuerunt, *l. qui mortui. 129. ff. de verb. signif.* (b) *l. quod dicitur 12. in princ. & §. 1. ff. de liber. & postum. haredib. instituend.* (c) *l. 3. Cod. de postum. hared. instituend.*

Etsi

Etsi verò præteritione sui heredis nullum efficiatur testamentum, adeò ut, licèt ipse ille heres vel vivo testatore decedat, vel hereditate se abstineat, non convaleſcat: ſi tamen inſtitutus heres is ſit, qui etiam ab inteſtato hereditatem auferre poſſit, voluntas teſtatoris ex bono & æquo ſervari debet, & bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas inſtituto dari, (a) admiſſo ſcilicet præterito filio ad virilem portionem. (b) 13

a) §. *Poſtumus 12. in pr. & l. filio præterito 17. ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſtam.* (b) *per l. non putavit 8. §. fin. ff. de bon. poſſ. contra. tab. & ſed non ita Inſt. de exhered. lib. Vid. lib. Inſt. t. 2. § ſcriptis heredib.*

Inſtitutis autem extranei heredibus, licet ſui heredes præteriti poſtea vivo teſtatore moriantur, vel ejus hereditate ſe abſtineant, ſucceſſioni ab inteſtato locus eſt, nec inſtituti illi extranei heredes ex voluntate teſtatoris petere hereditatem aut bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas poſſunt. 14

l. 1. C. de poſtum. hered. inſtituend. Inſtit. de exheredat. liber. in princ. verſ. adeò quidem, Donell. *lib. 6. Comment. c. 13. pag. 29. & cap. 16. in fin. pag. 46.* Valq. *de ſucceſſ. § 6. num. 19.* Menoch. *conſ. 13.* Gomez. *c. 11. n. 4.* Yatres *ſol.* Francite. de Barri *de teſtam. lib. 10. t. 3. n. 25.*

Si tamen mortuo ſuo herede præterito parens vivus declaraverit, ſe eodem illo teſtamento mori velle, etiam extranei inſtituti bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas illius teſtamenti petere ſine metu exceptionis poſſunt. 15

Arg. l. pen. §. ult. ff. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabulas. Donellus *proximè allegatis locis.*

Sed vocatur hic in quæſtionem, an præteritione liberorum & poſtumorum, ſuorum heredum, ſola infirmetur; & nullæ ſit inſtitutio, legata verò & cætera teſtamenti capitula ſalva maneant? Et licet affirmativæ Interpretes ferè omnes adhæreant, (a) nos tamen cum Cujacio (b) patrocinium negativæ ſuſcipiemus. (c) 16

a) *Novell. 115. cap. 3. in fin. ad Auth. ex cauſa, C. de liber. præter.* & ibidem etiam ex recentioribus Donell. *num. 8.* Idem Donell *lib. 6. Commentar. cap. 13. pag. 32. circa finem.* Dn. Beſold. *diſput. 3. ad Jur. Wirtt. theſ. 133.* Gail. *2. obſerv. 113.* Graſſ. *§. legatum quæſt. 67. num. 2.* Fachin. *lib. 4. controverſ. cap. 10. & lib. 6. controv. 77. & lib. 10. cap. 70.* (b) *ad l. 4. propè finem. ff. de liber. & poſtum. & ad Novell. 18.* (c) *l. filio 17. ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſtament.* Hackelman. *illuſtr. queſtion. diſputat. 6. theſ. 8.* Trentler. *vol. 1. diſput. 13 theſ. 7. lit. C.*

Ad emancipatos liberos quod attinet, licet hi neque inſtituti, neque ritè exheredati ſint, teſtamentum tamen ipſo jure valet; ſed præteritis datur bonorum poſſeſſio contra tabulas, ad reſcindendum, & infirmandum illud teſtamentum. 17

§. *Emancipatos, Instit. de exheredat. liber. l. 4. Cod. de liber. præter, l. non putavit 8. §. ult. ff. de bonor. poss. contra tab.* Quod jus nova Iustiniani legislatione, quæ est in *Novell. 115. cap 3.* aliud quoque correctum esse negamus: id quod negat etiam post alios Donell. *ad dict. Auth ex causa, numer 4. & 5. C. de liber. præter. & d. lib. 6. Comment. cap. 13. pag 30. & seqq.* vide me *ad §. emancipatos 3 Instit. de exheredat. liberor. num. 40. & seqq.* Dissentit Viglius & Vultejus *in §. ult. Inst. de exhæred liber.* Graff. *in § bonor. possessio. quæst 32.* Schneidewin *in d. §. emancipatos Inst. dict. tit.*

18 Miles quoque in expeditione occupatus, liberos suos, quos scit se habere, licitè præterire potest, ejusque præteritio pro exheredatione est.

§. *Sed si in expeditione. 6. Instit. de exheredat. liber. l. sicut. 9. C. de testament. militar. l. si patronus. 12 in princ. ff de bon. liberor. l. qui jure. 7. §. si fi. insam. 33. l. milites. 36. §. miles. 2. ff. d. testament. milit.* Ratio est, quia hoc jus de necessitate exhæredationis liberorum juris civilis est, utpote quod pendet ex patria potestate: Ea autem quæ juris civilis sunt militi in testamento sunt remissa, in militis enim testamento non requisita juris civilis, sed sola spectatur voluntas. *l. 1. ff. de militar. testam.* Necesse tamen est ut sciat liberos habere in vivis. *d. l. 9. l. 10. C. d. testament. militar.* Sed an simplex militis præteritio *per Novell. 115.* quæ causæ expressionem desiderat, sit correcta? Affirmativa placet Covarruv. *in c. quia nos. 9. num. 7. extr. d testament. num. 9.* Claro. *libr. 5. sentent. §. testamentum. quæst. 42. num 3.* Grasso. *§. testamentum. quæst. 41. num. 10.* cum citatis ab iis: Negativa tamen potior erit, per ea quæ tradunt Vasquius *de succes. creat. libr. 3. §. 24. limitat. 19. num. 32.* Gilcken. *in auth ex causa. num 36. Cod. de liber. preterit.* Hunn. *lib. 2. variar. resolut. jur. civil. tractat. 5. quæst. 22.*

19 Similiter mater, vel avus maternus, ut & cæteri per matrem ascendentes, necesse non habent liberos suos aut heredes instituere, aut nominatim exheredare, sed possunt eos præterire, sive silentio omittere; idque silentium tantum facit, quantum in filio suo herede exheredatio patris: unde liberi ita præteriti querelam tantùm inofficiosi testamenti adversus institutos heredes movere, (a) non etiam ipsum testamentum dicere nullum possunt. (b)

a) §. *Mater. 7 Institut. de exheredat. liberor. l. 3. l. filiam 15. Cod. de inoffic. testament.* etiamsi legitima titulo legati, vel fideicommissi ipsis fuerit relicta, *Novell. 115. cap. 3. & cap. 5.* Dissentit Vaud. *lib. 1. variar. quæstion. jur. cap. 5.* (b) nam allegata jam jura cùm nominatim & specialiter non sint correcta per *Novell. 115. cap. 3.* certè adhuc vigere jubentur, *l. præcipimus 32. in fin. Cod. de appellat.* Duaren. *ad tit. de inoffic. testament. cap. 3.*

Digitized by Google

cap. 3. mihi, pag. 230. col. 2. & ad t. ff. de liber. & poſtum. cap. 3. mihi, pagin. 457. col. 2. Vaſquius *de ſucceſſ. creat. libr. 2. §. 20. part. 3. requiſit. 29. declarat. 3. num. 268.* Cujac. *in l. 4 circa fin ff. d. tit. & in Novell. 18. mihi, pag. 129.* Donell. *ad Auth. non licet. & Auth ex cauſa, num. 5. Cod. de liber. præter. & lib 6. Comment. cap. 13.* plerique tamen Interpretes diſſentiunt, inter quos etiam eſt Iul. Clar. *libr. 3. ſentent. §. teſtamentum, quæſt. 47.* Mynſing. *ad d §. mater, num. 3. Inſt. de exheredat. liber.* & ibidem etiam Hermannus Vultejus. Vide Pruckman. *de diſſerent. Vtriuſque ſexus part. 2. princ. artic. 33.* Corneum *conſil. 118. libr. 2.* Graſſum. *§. teſtamentum. quæſtion. 36.*

Nec ergo neceſſe habebit pater naturales ſuos liberos heredes facere, vel exheredes ſcribere, ſed horum præteritio ſimiliter pro exheredatione accipienda erit: *(a)* quam ſi injuſtam hujuſmodi liberi putent, pro retinenda ſua legitima inofficioſum arguere parentis teſtamentum poſſunt. *(b)*

a) *Argument. l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus, ff. ad Senatuſconſult. Trebellian.* (b) *l. ſi ſuſpecta 29. §. 1. ff de inoffic. teſtament.* Cujac. *ad Novell. 18. mihi pag. 138. in princip.* Diſſentit Iohan. Schneidewin. *ad §. 1. Inſtit. de hæredit quæ ab inteſt. defer. cap. de ſucceſſ. liber. naturál. numer. 8. & ad §. non autem liberis num 4. Inſtit. de inoffic. teſtament.* vide me *ad titul. Inſtit. de exheredat. liber. numer. 58. & ſeqq.* Treutler. *volum. 2. diſputat. 11. theſ. 1. lit. C.*

Hactenus qui parentes quos liberos inſtituere vel exheredare teneantur; qui item quos præterire poſſint, expoſitum eſt: Sequitur nunc, quo modo liberi heredes ſint inſtituendi. Modus autem hic eſt, ut filius ſuus heres purè inſtituatur, aut ſub ea conditione, quæ ſit in ipſius poteſtate.

l. 4. In princ. ff. de hæred. inſtitut.

Si inſtitutus ſit filius ſuus heres ſub ea conditione, quæ vel naturâ vel lege in poteſtate ejus non ſit, niſi ſub contraria conditione exheredatus fuerit, *(a)* inutilis eſt inſtitutio, & teſtamentum nullius eſt momenti. *(b)*

a) *l. Lucius Titius. 83. ff. de condit. & demonſtr. ibi, & ideo teſtamentum nullius eſſe momenti. l. jam dubitari. 86. ff. de hæred. inſtituend. l. ſi pater filium. 4. ibi, nec in defectum ejus exheredav. t, C. de inſtit. & ſubſtit. l. filius à patre. 28. in princ. ff. de liber. & poſtum.* (b) *d. l. 4. C. de inſtitut. & ſubſtit. d. l. Lucius Titius 83. ff. de condit. & demonſtrat. l. filius. 15. l. ult. ff. de condit. inſtit.* Obſtare videtur *l. ſi quis heredem 6. C. de inſtit. & ſubſtit.* ſed vide Duaren. *ad tit. de conditionib. inſtit. cap. 4. pag. 551.* & Donell. *lib. 8. Comment. cap. 12. pag. 28. lin. 30. & ſeq.* obſtare item videtur *l. quoniam 32.*

& l. scimus 36. §. cum autem, Cod. de inoffic. testam. ex quibus nonnulli volunt, ejusmodi conditionem non vitiare testamentum, sed ipsum subduci, ut institutio pro pura habeatur, vide Iul. Clarum. *in §. testamentum, quæst. 39. num. 4.* idem etiam scribit Tiberius Decianus *Respons. 50. vol. 2.* ubi existimat. *dict. l. si pater filium. 4. C. de Instit. & substitut.* correctam esse per leges modò allegatas.

23 Idem quoque dicimus, si nepos sub ejusmodi conditione sit institutus.

l. Maximum. 4. C. de liber. prater. & §. sed hæc quidem vetustas. Instit. de exheredat. liberor. Iul. Clar. *libr. 3 sentent. in §. testamentum, quæst. 39. num. 3.* Francisc. Connan. *lib. 10. Comment. cap. 2. num. 4. pag. 1049.* obstat. *l. sed si. 6. §. nepotes autem, ff. de hered. instituend.* vide Donell. *dict. lib. 6. Comment. cap. 12. pag. 26.*

24 Emancipati verò liberi, ut & cæteri, qui sui heredes non sunt, ut purè, sic & sub quavis honesta conditione rectè instituuntur, eaque conditio implenda est; *(a)* non tamen ratione legitimæ, quam omni detracta conditione, ut quovis alio gravamine, liberi statim à morte testatoris obtinent. *(b)*

a) *Per d. l. 4. ff. de hered. Instit.* (b) *d. l. quoniam in prioribus. 32. & l. scimus. 36. § cum autem, C. de inoffic. testam.*

25 Proximum nunc est, ut dispicamus, quomodo exheredandi sint liberi, qui non instituuntur: Exheredandi autem sunt tum ritè, *(a)* tum justis, & meritis de causis. *(b)*

a) *l. Non putavit. 8 §. nonnunquam. ff. de bonor. possess. contra tabul.* (b) *Novell. 115. cap 3. infr. thes 35.*

26 Ritè exheredare, est exheredare nominatim, purè ex hereditate ipsa, & omnibus iisque totis gradibus.

Instit. de exheredat. liber in princ. & §. 1. § nominatim; l. 1. 2. & 3. l. si postumus 14. l. cum quidam 19. ff. de liber. & postum. Thomas Linius *ad dict. tit. Instit. de exheredat. liber. in princ.* Donell. *ad Auth. non licet, numer. 3. & 6. C. de liber. prater. & libr. 6. Comment. cap. 12. pag. 27.* Præterito tamen filio, licet ille præmoriatur, tamen testamentum non convalescit, pro ut probat Dn. D. Besold. *part. 1. delibat. ad lib 5 ff. quæst. 20.*

27 Nominatim exheredantur liberi, si vel ipsorum nomine, cognomine, prænomine vè expresso, vel certa demonstratione, quæ vice nominis fungatur ab hereditate removeantur.

§. Nominatim autem, ubi Viglius *Instit. de exheredat. liber. d. l. 1. 2. & etsi pepercerit. 3. l. filii etiam. 17. l. Titius. 25. ff. de liber. & postum. l. si quis filium. 3. C. de liber. prater.*

28 Qui indefinitè exheredantur, id est, verbis ejusmodi, quibus continen-

nentur non solùm liberi, sed & alii, puta parentes, consanguinei, agnati, cognati, affines, amici, non nominatim, sed inter cæteros exheredari dicuntur.

l. Lucius 53. ff. de hered. inst. Cujac. *ad l. 1. & 2. post pr. & in fin. ff. de liber. & posthum.*

Ex Iustiniani autem constitutione omnes liberi si non instituantur 29
heredes, nominatim exheredari jubentur; (a) licèt olim filiæ inter cæteros exheredari poterant. (b)

a) §. *Sed hæc quidem vetusta. Instit. de exhered. lib. & l. maximum. 4. C. de liber. præter.* (b) *Inst. de exhered. lib. in pr. §. 1. §. postumi, vers sed fœminini, & §. emancipatos.*

Sunt item exheredandi liberi purè, & simpliciter non sub conditio- 30
ne, (a) nisi sub contraria conditione heredes instituantur. (b)

a) *l. 3. §. 1. ff. De liber. & postum.* certo enim judicio liberi à parentum successione removendi sunt, *l. sed sub conditione. 18. in princ. ff. de bonor. poss. contra tab.* quod judicium in his non est, qui dubitantes de eventu exheredant. Dubitant autem, qui exheredationem ex conditionis eventu suspendunt, *d. l. sed sub conditione. 18. ff. d. t.* (b) *l. jam dubitari. 86. ff. de hered. inst. l. si pater. 4. C. de instit. & substit. supr. hac disput. thes. 22.*

Adhæc, ut ritè exheredentur liberi, exheredari debent ex hereditate 30
ipsa, non ex re certa, veluti ex fundo. Ex fundo quidam institutio facta valet, & institutus intelligitur detracta fundi mentione; (a) sed exheredatio ex re certa si fiat, haud rectè fieri dicitur. (b)

a) *l. 1. §. Si ex fundo, & l. ex facto 35. ff. de hered. inst.* (b) *l. cùm quidam 19. ff. de liber. & posthum.*

Denique ut ritè exheredatio facta dicatur, ab omnibus, ut dixi, iisq; 31
totis gradibus exheredandi sunt liberi. Alioqui ille gradus, à quo exheredatio facta non est, vitiatur.

l. 3. §. Si filium inter medias. 2. & §. ult. l. si postumus 14. in pr. & §. quod vulgò dicitur ff. de liber. & postum. Donell. *lib. 6. Comment. jur. Civ. c. 12. pag. m. hi. 27.*

Quòd si non ritè exheredati sint liberi, pro præteritis habentur. (a) 32
Siquidem paria sunt, non fieri, & non ritè fieri. (b)

a) *§ Eadem hæc. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* (b) *l. 1. §. quod si vers. & quidem, ff. quod cujusque universit. nom. l. 2. §. si quis, ff. qui satisd. cogi. tut. l. quamvis. 8. §. si convenerit, ibi, quid enim interest, non det, an talem det, ff. ad Senatusconsultum Vellejan.*

Est autem ipso jure nullum testamentum, in quo liberi sui heredes 33
non ritè exheredati sunt; (a) Proindeque licet bonorum quoque pos-

sessio-

sessio contra tabulas ipsis detur, (b) sicuti liberis emancipatis; (c) ea tamen ipsis suis heredibus necessaria non est; sicut ea nec datur liberis, qui præteriti pro exheredatis habentur. (d)

a) *l. Maximum. 4. verf. sancimus, C. de liber. præter. & tit. Institut. de exheredat. liber. in princ. l. inter cætera. 50. in fin. ff. de liber. & postum.* (b) *§. eadem hæc observantur, vers. nam eos quidem, Institut. tit. de hered. quæ ab intest. defer. d. l. 4. §. sancimus, C. de liber. præter.* facit generalitas, *l. non putavit 8. §. non quævis ff. de bonor. poss. contra tabul. & §. sunt autem bonor. possessiones, Institut. de bonor. possession.* (c) *§. emancipatos liberos. Institut. de exheredat. liber.* (d) Nam horum præteritio est pro exheredatione ritè facta, *§. sed si in expeditione. & §. mater. Institut. de exheredat. liber.* unde his non contra tabulas bonorum possessio, sed querela inofficiosi testamenti datur, si injustè præteriti sint. *d. §. mater. in fin. Inst. dict. t. l. filiam 15. C. de inoff. testam.*

35 Sequitur modò, ut de justis exheredationis causis loquamur, ob quas liberi hereditate parentum privari possunt. Liberi judicio parentis, non nisi meritis & justis de causis summoveri à successione possunt.

l. Cùm ratio naturalis. 7. C. de bonis damnator, l. si filiam 19. C. de inoff. testam. l. filius 22. ff. d. t.

36 Antiquitus quidem numero, & qualitate ejusmodi causæ haud certæ erant, sed ex judicis cognitione, & æstimatione pendebant: (a) Hodie verò & numero, & qualitate certæ à Justiniano definitæ sunt. (b)

a) *l. 3. §. Si emancipatus, vers. nec enim minus. ff. de bonor. possess. contr. tabulas.* Cujac. *ad Novell. 18.* (b) *Novell. 115. c. 3.*

37 Prima causa est, si quis parentibus suis violentas manus intulerit. (a) Secunda, si quis liberorum atrocem, & indecentem contumeliam parenti ingesserit. (b) Tertia causa est, si aliquis liberorum, parentem suum de crimine capitali, quod non sit contra Principem vel Rempublicam accusaverit. (c) Quarta est causa, si quisquam liberorum, cum maleficis, id est, venenis, magis, & damnabilibus mathematicis, ut maleficus versatur. (d) Quinta causa est, si quis liberorum vitæ suorum parentum vel veneficio vel alio modo, puta magia, & damnabili arte magica insidiari conatus fuerit. (e) Sexta est, si aliquis ex liberis novercæ suæ, aut concubinæ patris sui, aut filia vel neptis vitrico suo, sciens istius personæ qualitatem sese miscuerit. (f) Septima causa est, si liberorum aliquis contra parentem delator extiterit, & per eam delationem parens grave dispendium in bonis sustinuerit. (g) Octava est causa, si liberi masculi parentes, quos ob æs alienum, vel aliam causam carceri includi contigit, fidejussione sua inde liberare, cùm idonei sint, & rogati fuerint, negasse probentur. (h)

a) Fi-

a) Filiis enim ſemper perſona patris debet eſſe honeſta & ſancta. *l. liberto. 9. ff. de obſeq. parent. & patron. præſtand.* Quid verò ſtatuendum ſi liberi parentibus manus non intulerint, ſed manus ſaltem adverſus eoſdem levaſſent? Et quia Imp. Iuſtin. *in Novell 115. cap. 3.* expreſſe requirit, realem manuum injectionem, inde apparet quod ſolus conatus non ſit ſufficiens exhæredationis cauſa. Idque probat etiam *l. item apud. 15. §. 1. ff. de injur.* Contrarius eſt Gœdd. *in conſil. Marpurgenſ. conſil. 28. vol. 3.* alio in caſu limitat Covarruv. *in cap. Raynutius. 16. in princ. num. 9. extr. de teſtament.* (b) *dicta. novell. 115. cap. 3. §. 2.* Intelligitur tamen per verbum INOFFERET verbalis injuria, vide tamen Menoch. *lib. 2. arbitr. judic. quæſt. cent. 3. caſu. 267. num. 6.* adde Gerhard. *de teſtam. diſput. 5. theſ. 25. in fin.* (c) Excipitur meritò cauſa quæ Principem vel Rempub. concernit, *dict. nov. 115. cap. 3. §. 3.* Læſæ Majeſtatis enim criminis accuſare poſſunt liberi ſuos parentes. vide me *tract. d crim. læſ. Majeſt. cap. 4. num. 16.* Gigas. *de crim. læſ. Majeſt. rubr. qui accuſ poſſent. q. 8. per tot.* Cæterum civiliter filius impunè adverſus parentem agere, juſq; ſuum per ſententiam obtinere poteſt. *l. nullus. 55. l. 155. l. qui jus. 177 in fin. ff. d. reg. jur.* Weſenb. *conſil. 29. num 62.* Sed an liberi in criminalibus ſponte teſtimonium dicentes vel advocatum agentes, aut judicis perſonam ſuſtinentes exhæredari poſſint? vide Gilcken. *in auth. non licet. num. 23. C. de liber. præterit.* Gerhard. *d. diſp. 5. th. 27.* (d) Haud tamen ſufficit ut quis in itinere aut hoſpitio inter maleficos reperiatur, ſed neceſſe eſt, ut inter eos latrocinii ſit ſocietas. *dict. nov. 115. cap. 3. §. 4. facit Novell. 22. §. ſi igitur. cap. 15.* Qui verò per maleficos hic intelligantur tradit Covarr. *in cap. Raynutius. 16. in princ. num. 12. de teſtam.* & Molinæ. *in conſuetud.* Pariſ. *t. 1. §. 30. quæſt. 35. num. 138.* (e) *dict. novell. 115. cap. 3. §.* ubi notabiliter dicitur Tentaverint, etenim ſufficit filium venenum paraſſe etiam non ſecuto parricidio. Talis enim etiam L. Pompeja de Parricidiis, & L. Cornelia de ſicariis tenetur. *l. 1. in fin. ff. ad L. Pompej. d. parricid. l. ejuſdem. 3. ff. ad L. Cornel. d ſicar.* (f) Etenim privigni cum noverca conſuetudo inceſtuoſa eſt. *l. 4. l. nemini. 17. C. d. nupt.* (g) *dict. nov. 115. §. 7. cap 3.* Quantum verò diſpendium eſſe debeat judicis diſcretioni committitur. Covarr. *dict. cap. Raynutius. 16. num. 14. verſ ſexta. de teſtament.* (h) *dict. novell. 115. cap. 3. §. 8.* Neceſſe tamen eſt auxilium à filio eſſe petitum, & tamen patri denegatum. Weſenbec. *conſ. 29. num. 54.*

Nona cauſa eſt, ſi aliquis liberorum parentem ſuum teſtamentum 38
facere, vel mutare prohibuerit. (*a*) Et licet parens hac de cauſa filium non faciat exheredem, ipſi tamen hereditas aufertur, & fiſco vindicatur. (*b*) Et nihilominus prohibens ille filius in factum actione tenetur

his, quorum interest, non fuisse hereditatem fisco illatam, puta substitutis, legatariis, & fideicommissariis. (c)

a) *Dict. Novell. 115 cap. 3. §. si convictus fuerit. 9. l. testamenti 23. C. de inoffic. testam.* (b) *l. 1. ff. si quis aliquem testari prohibuerit. l. 2. C. d. t. Paul. lib. 5. sententiar. tit. 12.* si tamen duo sint filii, unius factum alteri non nocet, *l. 2. §. 1. ff. d. t.* (c) *l. Lucius 88. §. Sempronia, ff. de legat. 2.* Cæterum si filius patre vivente de patris hæreditate pacificatur, eo non consentiente, ex hac causa exhæredari non potest. Covarruv. *ad c. Raynutius. 16. in pr. n. 14. in fin. de testam.*

39 Decima causa est, si filius arenarius, aut mimus, Germanicè ein Gaucklerisc factus: nisi & pater ejusdem fuerit conditionis.

Dict. Nov. 115. cap. 3. § si præter voluntatem. 10. l. in arenam. 11. C. de inoffic. testam.

40 Undecima causa est, si filia aut neptis patre aut avo nondum negligente eam marito tradere luxuriosam vitam elegerit, aut servo nupserit.

Dict. Novell 115. cap. 3. §. si alicui ex prædictis. 11. & l. si filiam 19. C. de inoff. testam. Turpis enim vita exhæredationem meretur. *dict. Novell. 115. cap. 3. dict. §. 11.* Nam licet filia impunè nuptias à parente oblatas detrectare possit, *l. cum te pietatis. 18. & l. filia. 20. C. de inoffic. testament.* id tamen ex ea causa non potest ut potius turpem & luxuriosam eligat vitam. Quid si filia 25 v. ætatis annum excesserit, & dum parentes ei honestam nubendi conditionem non quærunt, fortè in corpus clam semel atq; iterum peccaverit an possit exhæredari? & Negativa potior erit: Siquidem non culpa sua, sed parentum id commississe videtur. *d. nov. 115. c. 3. §. 11. auth. sed si post. C. de inoff. testam.*

41 Duodecima causa est, si quis liberorum parentem furiosum, (a) vel ægrotum (b) curare neglexerit.

a) *Dict. Novell. 115. cap. 3. §. si quis de prædictis.* (b) *arg. l. 3. ff. de his, qua ut indign. & l. 1. §. sed scimus, C. de latin. libert. tol.* Cujac. *ad Nov. 18. mihi pag. 134.* Fürstenthumbs Würtemberg Landrecht 1 part. 3. *pag. 295. vers.* wann die Eltern. vide me *ad tit. Instit. de exheredat. liberor. numer. 124 pag 344.*

42 Causa decima tertia est, si liberi parentem ab hostibus captum non redimant, cùm redimere possent.

Dict. Nov. 115. c. 3. §. si unum de prædictis. 13. Hac tamen in re ignoscitur ætati 18. annis minori, ut dicto loco additur.

43 Ultima exheredationis causa est, si liberi sint hæretici, parens verò Catholicus.

Dict. Novell. 115 cap. 3. §. si quis de prædictis parentibus fuerit. 14. l. cognovi-

gnovimus. 19. C. de hæretic. & Manichæ. Novell. 118. cap. ult. Hæreticum autem definit Iuſtinianus *in dict. §. ſi quis de prædictis.* qui quatuor illa œconomica Concilia, Nicænum, Conſtantinopolitanum, Epheſinum primum, & Chalcedonenſe non amplectitur. Weſenb. *in parat. ff. c. t. d. hæretic. num. 1.* de hac exhæredationis cauſa. vid. Dn. D. Beſold. *ad lib. 5. ff. in delib. quæſt. 27.* Quid verò an pater Pontificiæ confeſſionis, filium Auguſtanæ vel reformatæ religionis, vel contra, tanquam hæreticum exhæredare poſſit, vid. Iacob. Aleman. *conſult. 10.* ubi latiſſimè. Intricatæ etiam eſt quæſtionis, an filius poſt injuriam, quæ juſtam exhæredationis cauſam præbuit, parenti illatam, ſi ei reconciliatus fuerit, num exhæredatio locum habeat. Sunt qui exhæredationem non ceſſare defendunt. Gerhard. *ſingul. 3.* Curtius Iun. *in auth. non licet. num. 8. C. de liber. præterit.* Sunt qui contrarium ſtatuunt. Fachinæ. *lib. 6. controv. 79.* Arumæus. *Exercit. Iuſtin. 19. theſ. 5.* Hilliger. *in Donell. enucleat. libr. 6. cap. 12. ad lit. M.* Diſtinguunt Vaſquius *libr. 3. de ſucceſſ. creat. § 30. numer. 201.* Covarruv. *in cap. Raynutius 16. in princip. num. 17. extr. d teſtament.* Ego indiſtinctè exhæredationem locum non habere exiſtimo: Ceſſante enim exhæredationis cauſa ipſam exhæredationem tanquam effectum ceſſare neceſſe eſt. *arg. l. 1. in princ. Cod. d. Latin. libert. tollend.* & culpa remiſſa nulla eſt culpa. §. *in fin Inſt. d. injur.* Vide Excellentiſſ. IC. & noſtræ Iuriſpr. neceſſarium Dn. D. Beſoldum *in part. 1. delibat. ad lib 5. ff. titul. 2. quæſt. 22. pag. mihi. 454.* Vaſquium *lib. 7. controverſ. illuſtr. capit. 106. num. 23.*

Etſi autem nulla alia ex cauſa parentibus integrum eſt exheredare 44
liberos, quàm quæ ipſa Iuſtiniani conſtitutione comprehenſa eſt; (a) Si tamen majores, & ſimiles quædam ſint, quæ re ipſa, non verbis etiam ſub ſerie hactenus commemoratarum cauſarum, quaſi ſpecies ſub genere, contineantur, ex his quoque exheredes fieri liberos poſſe exiſtimamus. (b)

a) *Dict. Novell 115. cap 3. in fine principii.* Vigl. *ad §. ult. num. 8. Inſtit. de hered inſtituend.* facit quoque *l. cum quidam. 19. ff. de liber. præter.* ubi Paulus Iuriſconſ. ſcribit, non eſſe adjuvandas exheredationes. Adjuvare autem exheredationes eſt extendere exheredationes, *l. hoc modo. 64. ff. de condit. & demonſtrat.* (b) Extenſio enim licita eſt ad ſpecies ſub genere eodem comprehenſas, *l. ſi ita facta. 14. ff. de injuſto rupt. irrit. fact. teſtam. l. 1. §. ſi is qui navem, ff. de exercitor. act.* Bartholom. Camerar. *in reperit. tit. 55. de prohibit. feudi alienat. per Frideric. lib 2. feudor. mihi, pag. 411.* Et has exheredationis cauſas ita extendi poſſe, ſentire quoque videntur Iaſon. *in Auth. Non licet num. 6. & 7. C. de liber. præterit.* & ibidem etiam Sichard. *numer. 7. & 8.* Molinæus *in conſuetudinib. Pariſ.*

tit. 1. §. 30. num. 138. Menoch. *lib. 2. de arbit. judic. cent. 2. cas. 130. num. 4. & cent 3. casu 267. num 6. & 9.* & Cujac. *ad Novell. 18. mihi, pag 134.* Vnde si filius contra Principem, vel rempubl. arma sumpserit, liberum erit patri ex hac causa eum exheredare, per textum *in d. Novell. 115. cap. 3. §. si eos in crimmalibus, & in l. minimè 35. ff. de relig. & sumpt. funer.* idque approbat Dn. D. Besold. *in delibat. ff. ad. lib. 5. quæst. 26. fol. 465.* ubi alii citati. Gomez. *tom. 1. var. resolut. cap. 11. numer. 12.* Iohan. Petr. Surdus *de aliment. quæst. 64. num. 20.* Fachinæ. *libr. 6. controv. 78.* Hackelman. *illustr. quæst. disput. 6. thes 10. & disput. 16. thes. 14. lit. A.* Speckhan. *cent. 1. quæst. 96. num. 6.* Dissentit Arumæ. *exercit. 10. thes. 3.* Schurpff. *consil. 97. num. 4.* Fichard. *consil. 46. num. 5. vol. 1.* Treutlet. *vol. 1. disput. 13. thes. 8.* Forster. *lib. 2. disput. 12. thes. 28.* Cludius. *de sequestrat. cap. 4. num. 39. & cap. 5 num. 109. & seq.*

45 Non tamen satis est, exheredationem justa ex causa factam fuisse; sed insuper & illud requiritur, ut ipsa exheredationis causa testamento nominatim inseratur; *(a)* licet id olim haud necesse fuerit, cùm sufficerit, eam allegari, & liberis opponi à scripto herede. *(b)*

a) *Dict. Novell. 115. cap. 3. in princ. vers. & ipsas nominatim. §. si quis de prædictis. 14. vers. sive igitur. & cap. 4. §. si tales 9. l. omnimodo 30. in princ. vers. si tamen non ingrati. & l. si quis filium. 34. vers. etsi non hæres. C. de inoff. testament. &c.* (b) *l. liberi 28. vers. nisi scripti heredes. C de inoffic. testamento.* Hodie quoque liberis negantibus veram esse causam testamento insertam, necessitas injungitur scripto heredi, ut exheredationis causam probet. Quæ si non probetur, nihil nocet exheredatis liberis ejus appositio, quantumvis de sua innocentia nihil docere velint, *d. Novell. 115. cap. 3. circa finem, vers. sive igitur omnes.* vide Rittershusium *in exposit. Novell. part. 6. cap. 3. num. 24. & seq.* Hunn. *in libr. 2. var. resolut. civil. jur. tract. 5. quæst. 18.* An verò audiendus sit hæres institutus, si exhæredationis causam, à testatore omissam nec testamento insertam probare velit? Et illum haud esse audiendum æquitas dictitat. *per Novell. 115. cap. 3. circ. fin. versic. sive igitur.* Vbi conjunctim requiritur ut exhæredationis causa testamento apponatur, & ab hærede demonstretur & sic putant Vaudus *libr. 2. var. quæst. 19.* Petrus Gregor. Tholosan. *lib. 44. syntagmat. univ. jur. cap 3. num. 13.* Covarruv. *dict. c. Raynutius. in princ. num. 7. & 8.* Fachinæus. *lib. 6. controv. 76.* ubi contrarium sentientes allegat.

46 Sed quæritur, qua conditione sit testamentum, id est, an sit nullum; an verò jure quidem valeat, sed irritum fieri, & rescindi possit, & quo juris remedio, si vel ex nulla causa liberi exheredes scripti sint, vel si ex

si ex alia causa, quàm quæ comprehensa est Iustiniani lege, exheredatio fit facta, vel si quidem parens exheredatos fecerit liberos ex aliqua certarum causarum, sed nominatim eam causam testamento non adscripserit? Et licet Interpp. existiment, nullum id esse testamentum: (a) nobis tamen ea opinio planè displicet, Et arbitramur, valere quidem illud testamentum, sed evacuari posse, & rescindi querela inofficiosi testamenti. (b)

a) *Per Novell. 115. cap. 3.* (b) *l. Non putavit 8. in princ. ff. de bonor. poss. contra tabulas. §. ultim. in fin. Instit. de exheredat. liber. l. 3. l. filiam. 15. C. de inoffic. testament.* quæ leges cum specialiter correctæ non sint, *per d. Novell. 115. cap. 3.* sed potiùs comprobatæ videantur, uti arguit in eodem *cap. 3. §. uls. vers. si autem hæc observata*, certè vigere adhuc putari debent. *l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat. l. sancimus 27. Cod. de testament.* Vasq. *Tractat. de success. creat. lib. 2. §. 20. part. 3. Requisit. 29. Declarat. 3. num. 168.* Duaren. *in Commentar. ad tit. ff. de liber. & post. cap. 3. pag. 457.* Cujac. *ad Novell. 18. mihi. pag. 155.* Donell. *ad Auth. Non licet, num. 6. C. de liber. prater. & lib. 6. Comment. cap. 13. & lib. 19. cap. 4. pag. 273. & seq.* vide *infr. thes. 53.*

Etsi autem veteri jure testamento per querelam inofficiosi rescisso, nihil scriptum valeret: (a) legislatione tamen Iustiniani institutio tantùm heredis vitiatur, legatum verò, fideicommissum, libertatis, & tutoris datio salva manent. (b) 47

a) *l. Papinianus. 8 § penult. ff. de inofficios. testament.* (b) *Novell. 115. cap. 3. in fin. vers. sin autem hæc observata non fuerint. & Auth. ex causa. C. de liber. præterit.*

Adhuc de liberis instituendis, vel exheredandis: sequitur modò de institutione, & exheredatione parentum. Cum ipsa pietas, & miserationis ratio parentes ad liberorum defunctorum bona admittat, (a) certè vel instituendi sunt illi ab his hæredes, vel ritè, & meritis de causis exheredandi: (b) modò tamen ex his nulla proles extet; nam liberorum causa potior est, & soboli propriæ potiùs, quàm parentibus hereditas defertur. (c) 48

a) *l. Scripto. 9. §. ultim ff. si tab. testament. nulla extab.* Nam absque causa legitima parentibus luctuosam auferri hæreditatem non convenit. *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testament.* (b) *l. 1. d. l. Nam etsi. 15. in princ. ibi, pie relinqui debet. ff. d. 1. Novell. 115. cap. 4.* (c) *l. pater. 14. & l. seq. ff. de inoffic. testament.* Speckhan. *lib. 1. centur. 1. quæstion. 99.*

Instituendi autem sunt parentes proximi tantùm gradus. (a) Instituendi, inquam, sunt. Non enim sufficit illis, vel legati, vel fideicommissi, vel donationis mortis causa titulo aliquid relinqui, si parentes testamentum suum rescindi nolint. (b) 49

 a) *No-*

Digitized by Google

a) *Novell. 118. cap. 2. vers. si autem plurimi.* (b) *Novell. 115. c. 5. Hæc autem disposuimus.* Olim tamen ejusmodi aliquo titulo si quid relictum erat parentibus, impugnare testamentum liberorum non poterant §. *Igitur quærtam quis. Instit. de inoff. testam. l. Papinianus. 8. §. si quis mortis. ff. d. t. & l. omnimodo. 30. in pr. vers. & hæc quidem, C. d. t.*

50 Possunt autem parentes instituti non modò purè, sed & sub conditione, quæ quidem non vitiat institutionem, sed usque ad legitimam portionem subducitur, in reliqua verò quantitate exspectatur.

l. Quoniam 35. l. scimus 36. §. cum autem quis, C. de inoff. testam. Tyber. Decian. *resp. 50. vol. 2.*

51 Quòd si non instituantur parentes, exheredari debent, & quidem ritè & meritis de causis.

Nov. 115. c. 4. justum autem perspeximus, in pr.

52 Ritè exheredantur, si ab hereditate submoveantur nominatim, purè, & quidem à tota hereditate, non à re certa, item ab omnibus iisque totis gradibus.

Per textus supra ad thesin 26. adscriptos: qui licèt de liberorum exheredatione loquantur, ex audiri tamen debent etiam de parentum exheredatione, tum quod de illorum, idem etiam de horum exheredatione intelligendum est, *Nov. 115. c. 4. in princ. vers. sancimus. ibi, aut quolibet modo à rebus propriis alienare*: tum quod ipsa natura desiderat, ne aliter hunc atque illum exheredemus. § *sed hæc quidem vetustas, Instit. de exheredat. liber. l. 4. C. de liber. præter.* tum quod illi quoque liberi, qui silentio omitti possunt, si verbis exheredentur, nominatim exheredari jubentur, quippe cum eorum præteritio habeatur pro exheredatione nominatim facta, §. *sed si in expeditione. & §. Mater. vers. Nam silentium. ibi, tantum facit, quantum exheredatio patris, Instit. de hered. Instit.* tum quòd certo judicio exheredatio fieri debet, quomodo purè fit exheredatio, *l. sed sub conditione. 18. in princ. ff. de bonor. poss. secund. tab.* tum quòd liberi à tota hereditate, & omni totoque gradu ideo exheredari jubentur, quod exheredationes odiosæ sunt, *l. tum quidam 19. ff. ff. de liber. præter* quæ ratio cùm æquè militet in parentibus, atque in liberis, *per l. nam etsi 15. in princ. de inoff. testament. l. scripto. 9. §. ult. ff. si tabul. testament. nul. ext. ab.* meritò etiam ad parentum exheredationes porrigi debet *per l. à Titio 109. in fin. principii, ff. de verb. oblig. l. illud quæsitum 32. ff. ad leg. Falcid. & l. 1. §. quod vulgò, ff. de vi & vi armat.* Atque hanc de exheredandis ritè parentibus sententiam amplectitur quoque Donell. *lib. 6. Comment. c. 14. pagin 34.*

53 Quòd si tamen parentes ritè exheredati non sint, testamentum ipso jure non est nullum, sed præteritio pro exheredatione habetur: proin-

deque

deque ſubjacet teſtamentum querelæ inofficioſi teſtamenti, qua reſcindi, & everti poteſt.

l. Pater filium 14. ff. de inoff. teſtam. l. cum filium 17. C. d. t. Nov. 115. cap. 4. §. ult. Vaſq. latè *de ſucceſſ. creat. lib. 3. §. 30. part. 2. limitat. 34. numer. 136. & ſeqq. pag. 346. & ſeq.* ſed Dd. communiter volunt, ipſo jure nullum eſſe teſtamentum, in quo præteriti ſunt parentes, aut non præteriti, ſed alio, quàm inſtitutionis titulo ipſis aliquid eſt relictum, Graſſ. *lib. 9. commun. opin. quæſt. 23.* Vivius *lib. 1. commun. opin. ſub lit. F. verſic. Inſtitutio parentum*, Clarus *in §. teſtamentum, quæſt. 38 num. 7.* Sichard. *in Auth. Nam licet, num. 23. & 24. & in Auth. noviſſima num. 12. & ſeqq. C. de inoff. teſtam.* Pruckm. *conſil. 12. num. 192.* Idem diſpoſitum jure Württenbergico. *part. 3. titul. 20. §. item* wann der Teſtirer *fol. 401.* Sed contrarium videtur cautum. *t. 15. §. ult. fol. 387.*

Cauſæ meritæ, ob quas exheredari parentes poſſunt, numero ſunt octo: exque nominatim teſtamento adſcribi debent. §4

Ratio autem quare filii ex pluribus cauſis exhæredari poſſint quam parentes hæc eſt: quod major ſit affectio parentum erga liberos, quam liberorum erga parentes: Amor ſiquidem potius deſcendit quam aſcendit, Nec ullus parentum vincit amorem, Cum parentes magis liberos quam ſemetipſos diligere præſumantur. *l. fin. in princ. ubi Dd. C. de curat. furioſ. §. fin. Inſt. de noxalib. action.* Schneidew. *ad princ. Inſt. de exhered. liberor. num. 22.* At ubi major eſt affectio ibi major ingratitudo: Hinc fit ut liberi pluribus ex cauſis ingrati fiant erga parentes, quam parentes erga liberos, Iaſon. *in auth. non licet. C. de liber. præterit.* Speckhan. *centur. 1. quæſt. 95. in fin.*

Prima cauſa eſt, ſi parens liberos ſuos de crimine capitali accuſaverit, excepto crimine læſæ Majeſtatis. *(a)* Secunda, ſi venenis, aut maleficiis, aut alio modo parens vitæ liberorum inſidiatus probabitur. *(b)* Tertia, ſi parens rem habuerit cum liberorum conjuge, vel concubina. *(c)* Quarta, ſi parens liberos ſuos in propriis rebus, in quibus habent teſtandi licentiam, condere teſtamentum prohibuerit. *(d)* Quinta, ſi parens conjugi, genitori ſcilicet vel genetrici liberorum, veneno, aliove modo, vel vitæ inſidias, vel ut emotæ mentis fieret, molitus molitave fuerit. *(e)* Sexta, ſi parens liberos furore correptos curare, & alere neglexerit: *(f)* Septima, ſi pater captivos liberos non redemerit. *(g)* Octava, ſi parens ſit hereticus, liberi verò orthodoxi: *(h)* §5

a) *Per dict. novell. 115. c. 4. §. 1.* vide me *in tract. de crimin. læſ. Majeſt.* Et Gigant. *eod. tit. qui accuſ. poſſent. quæſt. 9.* adde Petr. Gregor. Tholoſan. *lib. 30. Syntagmat. jur. univerſ. c. 24. num. 26.* (b) Cum enim jus vitæ ac necis, quod olim parentibus LL. 12. tabb. competebat ſublatum ſit.

Digitized by Google

sit, *l. 3. & l. fin. C. de patr. potestat.* patria potestas in pietate potius quam atrocitate ut consistat consentaneum est, *l. Divus. 5. in fin. ff. ad L. Pompej. de parricid.* exempla hujus refert Camerar. *in part. 1. horar. succis. cap. 9.* (c) *dict. novell. 115. c. 4. §. 3.* vide Gerhard. *disp. de testament. 5. thes. 43. in fundament.* (d) *dict. novell. 115. cap. 4. §. 4.* (e) *per dict. novell. 115. cap. 4. §. 5.* Exemplum refert Iustin. *lib. 37. histor. ad fin.* (f) *dict. nov. cap. 4. §. 6.* (g) *dict. nov. c. 4. §. 7.* (h) *dict. nov. c. 4. §. 4.* junge Hillig. *in Donell. enucleat. lib. 6. c. 14. ad lit. C.* ubi causas has ab aliis versibus comprehensas refert.

56 Quòd si liberi parentes suos ex nulla causa, vel non ex aliqua harum causarum, vel quidem ex quadam illarum causarum, sed ea testamento non adscripta exheredaverit, testamentum quidem valet, sed querela inofficiosi rescindi, & evacuari potest: verum quo ad institutionem, non etiam quo ad cætera.

Dict. Nov. 115. c. 4. §. si talis igitur causas, vers. si autem hæc, ibi, sed rescisso testamento. Auth. ex causa. C. de lib prater.

57 Reliquum est, ut de fratrum, & sororum tum institutione, tum exheredatione despiciamus. Frater ut & soror, parentibus & liberis destitutis, vel destituta, piè quidem facit, si fratrem consanguineum, vel sororem consanguineam instituat heredem; verum si eum, vel eam præterreat, vel exheredet, firmum est testamentum, & non nisi certa ex causa per querelam rescinditur.

l. Fratres 27. C. de inoff. testam.

58 Causa autem, ex qua quis consanguinei fratris, vel sororis rescindere testamentum potest, hæc est: si turpis persona sit heres instituta; nisi ea turpis persona sit servus testatoris necessarius; (a) vel præteritus aut exheredatus frater aut soror æquè sit persona turpis: (b) vel legitima eis sit, quovis titulo relicta: (c) vel ingrati erga testatorem probentur. (d)

a) *Dict. l. fratres 27. C. de inoff. testam.* (b) *per l. in arenam 11. C. d. t. l. cùm mulier 47. ff. solut. matrim.* (c) *§. ultim. Instit. de inoff. testament. l. Papinianus 8. §. si quis mortis. ff. d. t.* quæ leges cùm non correctæ inveniantur, vigere adhuc creduntur, *l. præcipimus 32. in fin. C. de appell.* Est autem hodie fratrum & sororum legitima non quadrans, sed triens. *Nov. 18. c. 1.* ubi Cujac. Donell. *lib. 6. Comment. c. 15. pag. 37.* quæ portio si non tota sit relicta consanguineo fratri vel sorori, valet testamentum, & agitur ad supplendum id, quod deest legitimæ, *l. omnimodò. 30. & l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. testam.* (d) *Nov. 22. c. 46. hinc nos alia. §. ultim. junct. c. 47. & quoniam scimus.* vide Cancerium *lib. 1. var. resol. cap. 3.* ubi totam legitimæ materiam habes.

Dicitur

Digitized by Google

Dicitur autem ingratus in fratrem vel sororem frater vel soror, quod 39
ad hanc juris partem attinet, si vel per insidias illi mortem intentaverit, vel criminalem accusationem contra eum instituerit, vel substantiæ illius universæ jacturam inferre studuerit.

Dict. Novell. 22. cap. 47. & quoniam scimus. quam novell. non agere de causis quibus fratres exhæredari, sed quibus à lucris nuptialibus arceri possint, videtur.

Haud tamen necesse est, ut frater vel soror has causas vel unam ea- 40
rum testamento suo nominatim adscribat; sed satis est, ab herede instituto eas allegari, & probari.

Per l. liberi 28. vers. nisi scripti heredes. C. de inoff. testam. facit, quod licèt infantes & postumi, haud possent ingratitudinis argui, nihilominus tamen exheredati querelam movere possunt, §. postumi quoque. Inst. de inoff. testam. l. postumus, 6. ff. d. t. hæc jura cùm non sint correcta in exheredatione fratrum & sororum in d. Novell. 22. meritò adhuc vigebunt, per l. præcipimus, 32. § ult. C. de appell.

Clas. III. Disputat. IV.

De Heredum Institutione illorum, quos testator omittere potest.

Thesis I.

EXpositogenere primo eorum qui heredes instituuntur: proximum 1
est, ut & alterum inspiciamus genus, de iis, quos testator libero suo arbitrio heredes designat, ita ut non instituti, neque nullum testamentum efficiant, neque id evertere possint; cujusmodi sunt omnes, præter liberos, & parentes, item fratres & & sorores consanguineos, de quibus proximè egimus.

Circa hos autem quadruplex inspectio incurrit; una, quæ perso- 2
næ ex his instituí possint, vel non possint: Altera, quot instituí heredes possint: Tertia, quæ hereditatis, si plures ex imparibus par-

Digitized by Google

tibus instituantur; sit distributio: Vltima quis sit modus instituendi heredes.

3 Hi autem soli possunt instituí heredes, cum quibus testamenti factio est, (a) ut sunt cives Romani. (b)

a) §. *In extraneis*, 4. *Instit. de hered. qualitat. & differen.* l. *si alienum* 49. §. 1 ff. *de hered. instit.* nos dicit Vlpianus *in princ. tit.* 22. *Instit.* cum testatore testamenti factionem habere. (b) Vt patet ex collatione §. *legari autem. Instituí de legat.* & l. 1. ff. *ad leg. Falcid.* Vide me *in dict.* §. *in extraneis.* 4. *Instit. de hered. qualit. & differen.*

4 Non possunt ergo heredes instituí peregrini, id est, qui cives Romani non sunt; (a) veluti hostes populi Romani, (b) & qui per pœnam de numero civium Romanorum exempti sunt, puta deportatus, & in opus publicum perpetuò damnatus; (c) item hæretici, (d) & apostatæ. (e)

a) l. 1. C. *de heredib. instituend.* l. *sed si conditione* 6. §. *solemnis.* 2. ff. *d. tit.* (b) l. *amissione.* 5. §. 1. ff. *de capit. minut.* l *hostes* 24. ff. *de capt. & postlim. reverf.* l. *hostes* 118. ff. *de verb. signif.* (c) l. *sed si hæc*, 10. §. *sed si per pœnam.* 6 ff *de in jus vocand.* l. *sunt quidam.* 12. §. 1. ff. *de pœnis*, l. 1. §. 2. ff. *de legat.* 3. (d) l. *Manichæos* 4. §. *Arrianos* 5. C. *de hæret. & Manich.* (e) *Ll.* & l. *si sanctam* 3 *Cod. de Apostat.* prohibentur item collegia illicita hæredes instituí. L. *collegium.* 8. *Cod. de hæred. instit.* l. 1. *Cod. de Inda & Cælicol.*

5 A milite tamen peregrinus instituí heres potest: (a) ut & à quolibet in tempus capiendæ hereditatis, veluti; Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto. (b)

a) l. *Idem est* 13 ff. *de testament. milit.* vide *Tractat.* meum *de bello & duello lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 7. (b) l. *sed si conditioni* 6. §. *solemnis*, & l. *in tempus* 62. ff *de hered. instituend.*

6 Captus quoque ab hostibus, licet servus hostium sit, rectè heres instituitur: quia jure postliminii omnia jura civitatis in persona ejus in suspenso retinentur, nec abrumpuntur. (a) Imperator tamen litis causa hæres instituí non potest. (b)

a) l. *Illa instituto* 32. §. 1. ff. *d. tit.* (b) §. *fin. Instit. quib. mod. testam. infirm.* l. *pen.* ff. *de heredit. instit.*

7 Non minus etiam servos, quàm liberos, heredes instituere possumus; cum testamenti factio cum servis ex persona dominorum introducta sit.

l. *Non minùs* 35 § 1. ff. *de hered. instit.* vide Donell *libr.* 6. *Comment. cap.* 17. *pag.* 50. *in fin. & pag. seq. item* Connan. *libr.* 10 *cap.* 5. *num.* 11. & Vigl. *ad* §. *servus autem plurium, num.* 2. & 3. *Instit. de hered. instit.* Etenim testa-

Digitized by Google

testamenti factionem non solum is habet, qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel aliis acquirere, licet testamentum facere nequeat. §. *in extraneis. 4. Instit. de hared. qualitat. & differen.*

8 Et potest institui heres non solùm proprius, sed & alienus servus. *Instit. de hered. instit. in princip.* vide me *ad eund. titul. numer. 8. pagin. 358.*

9 Et proprius servus instituì heres potest non modò cum libertate, expresè relicta, sed & ex Iustiniani constitutione sine libertatis mentione.

§. 1. Instit. de hered. instit. l. pen. C. de necess. serv. hered. instit. §. ademá, Instit. quibus ex causis manumitt. non lic. Exceptio proponitur *in §. est tamen casus, Instit. de hered. instit. & l. his verbis 48. §. 2. ff. de hered. instit. item in l. si non 83 ff. dict. t.* vide Vigl. *ad d. §. 1. Instit. de hered. instit.* Connan. *lib. 10. Comment. cap. 5. num. 6. pag. 1086.* vide supra *lect. 1 disput. 14. thesi 17.*

10 Etsi verò cum civibus Romanis testamenti factio sit, sunt tamen ex his nonnulli in ea conditione, ut heredes à quibusdam instituì non possint: vel non possint ab aliquibus in solidum instituì. Prioris generis sunt, vir & uxor, qui incestas & vetitas contraxerunt nuptias, eorumque ex tali matrimonio procreati liberi. Neque enim vir ille ab uxore sua, neque talis uxor ab ejusmodi suo viro, neque liberi ab hujusmodi parentibus sui heredes instituì possunt.

l. Si quis incesti 6. C. de incest. & inutilib. nupt. Novell. 12. cap. 1. Novell. 74. cap. ult. & Novell. 89. cap. ult. Ferdinand. Vasquius *libr. 1. de success. progress. §. 2. num. 63.*

11 In eadem quoque conditione ferè est mulier, quæ adulterio, vel stupro cognita est: & vir, qui adulterio vel stupro aliquam cognovit. Neque enim illa ab hoc, licet miles sit, neque hic ab illa heres cum effectu instituì potest, sed hereditas relicta ad fiscum pertinet.

l. Claudius 13. & l. seq. ff. de his, quæ ut indign. aufer.

12 Si quoque mulier à marito instituta intra annum luctus quibat, nihil ex testamento mariti capit. (a) Et ex damnato coitu prognati frustrà à patre suo heredes instituuntur. (b)

a) *l. 1. & 2. C. de secund. nupt. Novell. 22 cap. 22. si quis verò.* Obstare videtur *c. penult. & ult. extra de secund. nupt.* Iure Würtemberg. vidua ante semestre tempus, vel si gravida ex defuncto sit viro, antequam pepererit, ad secundas transire nuptias prohibetur. Fürstl. Würtemberg. Landrecht / *fol. 344.* §. Wir wöllen / (b) *Novell. Quib. mod. natural effic. sui, §. ult.* vide Tiraquell. *tract. primogen. quæst. 12. num. 14.* Ob bene-

merita verò potest filius spurius à patre institui, Tiraquell. *ad l. si unquam, in verb. donatione largitus. num. 2. C. de revocand. donat.* contentit Dn. Besold. *part. 4. Iur. Wurtt. thes. 54.* & Petr Peck. *de testam. conjug. lib. 1. cap. 47. num. 1. & 2.*

13 Posteriorisgeneris sunt naturales liberi suscepti ex ea muliere, cum quâ connubium fuit, item eadem illa mulier. Hi enim liberi, existentibus justis & legitimis liberis à patre suo naturali in uncia tantùm una cum matre sua heredes institui possunt. Extantibus solùm patre, aut matre concubinarii, deducta portione eis debita, in reliquo hi liberi, & mater eorum heredes utiliter instituuntur. Non existentibus liberis legitimis, vel patre, aut matre, institui heredes ex asse possunt.

Novell. 89. cap. 12. Discretis igitur, quâ Novell. corrigitur *l. humanitatis 8 C de naturalib. liber.*

14 Atque hi sunt, qui heredes institui non possunt: cæteri utiliter heredes instituuntur. Et potest testator etiam penitus ignotos, & quos nunquam vidit, heredes instituere: veluti si fratris filios peregrinantes ignorans qui essent, heredes instituerit.

§. Vlt. Instit. de hered. instit. l. extraneum 11. C. de hered. Instituend

15 Rectè quoque instituuntur hodie personæ incertæ, veluti hoc modo: Quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto. Item, quicunque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, heres meus esto: vel quicunque post testamentum primus consul designatus fuerit, heres esto.

§. Incertis verò, 25. ibi, olim relinqui, juncto §. seq. nec hujusmodi, ibi, non solùm in hereditatibus, Instit. de legat. l. quoties. 9. §. hæres, 9. l. in tempus. 62. §. 1. ff. de hæred. instit. Arumæus *exercit. Iustin. 8. thes. 6.* Hunn. *libr. 2. var resolut. tract. 5. quæst. 25.* Cujac. *in Paratitl. C. 1. de incert. personis, in fin.* & Donell. *lib. 6. Comment. cap. 17. pag. 52. & in l. quidam 3. ff. de reb. dubiis.*

16 Instituuntur etiam hodie utiliter civitates, & collegia licita; (a) veluti collegium Christianorum; (b) non etiam collegium Iudæorum. (c)

a) *l. Hereditatis 12. l. collegium 8. C. de hered. Instit.* (b) *l. 1. Cod. de SS. Eccles.* (c) *l. 1. C de Iudæis.*

17 Denique alienus postumus hodie item rectè heres instituitur.

§. Postumus, & ibi Cujac. & Hotomannus, *Institut. de legat.* vide Duaren. *lib. 2. disput. cap 38.*

18 Et tantum de prima inspectione. Alteram quod attinet inspectionem, libera potestas data est testatori, vel unum, vel plures, & quot velit, heredes instituendi.

§. Et

§. *Et unum hominem. Instit. de hered. instituend.* Quid si quis & fratrem, & ejus liberos instituat heredes, nunquid ordine successivo, vel copulativè intelliguntur instituti? De hac quæstione vide Vasq. *lib. 2. de success. §. 20. part. 3. Requisito 29. declarat. 2. num. 120.* & Iul. Clar. *in § Testamentum, quæst. 80. num. 2.*

Succedit inspectio tertia, de distributione hereditatis in partes, ex 19
quibus testator heredes instituere solet. Est autem ea distributio vel solennis, vel arbitraria.

l. Interdum 13. §. pater fam. 1. ff. de hered. instit.

Solennis distributio hereditatis est, quâ ipsa lex hereditatem 20
in duodecim uncias, quæ omnes assis appellatione continentur, dispertit.

§ *Hereditas plerunque, 5. Instit. de hered. instit. dict. l. interdum 13. §. pater fam. & l servum 50. §. fin. ff. dict. tit.* Vide omnino Valent. Forlet. *lib. 1. de success. cap. 36. num. 12. & seqq.*

Ipsæ autem unciæ conjunctæ propria habent nomina. Nam duæ 21
unciæ vocantur sextans, quasi sexta pars assis. Tres unciæ dicuntur quadrans, quasi quarta assis pars. Quatuor unciæ appellantur triens, quasi tertia pars assis. Quinque unciæ vocantur quincunx. Sex unciæ vocantur semis, quòd dimidiam assis partem constituunt. Septem unciæ proprio vocabulo nominantur septunx. Octo unciæ dicuntur bes. Novem unciæ vocantur dodrans, quasi dempto quadrante as. Decem unciæ nominantur dextans, quasi dempto sextante as. Undecim unciæ appellantur deunx, quasi dempta uncia as. Duodecim unciæ, ut dixi, appellantur as.

Dict. § hereditas. 5. versic. habent autem. Instit. de hered instit. Est & illud hic notandum, quòd uncia in duas dividitur semuncias, *l. Papinianus 8. § quoniam autem, ff. de inoffic. testament. l. Item quod 17. § 1. ff. de hered. instit. l. liberto 21. §. filium, ff. de annuis leg. quo postremo loco fit etiam mentio sicili, qui est quarta pars unciæ.* Obstare videtur *l. Pomponius. 8 in fin. ff de rei vindicat.* Sed vide Vultej. *ad dict. § 5. num. 2 ubi num. ult. dicit hanc assis distributionem hodie ferè nullam habere usum.*

Hanc hereditatis distributionem lex introduxit, non ut ei testator 22
præcisè in heredum institutione astrictus sit; sed ut haberet testator, quod sequeretur, & hereditatis distributio ad hanc sectionem legis revolueretur; (a) alioqui potest testator, in quot velit partes, pauciores vel plures, quàm duodecim distribuere hereditatem: (b) qualem distributionem arbitrariam appellare possumus.

a) *Dict. l. interdum 13. §. Denique. ff. de hered. instit.* (b) *§. Non autem utique. Instit. de hered instituit. dict. l. interdum. 13. §. 1. & l. servum. 50. §. fin. ff. de hered. instituend.*

24 Facta hereditatis solenni distributione, si quidam ex institutis sine parte scriptus vel scripti sint, veluti si Mævius ex besse, Titius ex triente, Gajus ex nulla parte, sed simpliciter institutus sit, tunc ex partibus instituti in dimidiam partem vocantur, & sine partibus scriptus vel scripti in alteram dimidiam.

§. *Si plures, vers. si verò totus, Inst. de hered. inst. l. item quod Sabinus. 17. §. sed si. ff. d. t. l. ult. ff. de bonor. poss. secund. tabul.*

24 Arbitraria hereditatis distributione facta, videndum, utrùm in pauciores partes, quàm duodecim, an verò in plures partes hereditatem testator distribuerit: & priori casu, utrùm omnes ex partibus expressis sint instituti, an quidam ex partibus expressis, quidam sine partibus nominatis.

25 Si omnes ex partibus expressis heredes sint instituti, veluti Titius ex triente, Mævius ex quadrante, tunc residua portio, puta in proposito exemplo, quincunx, pro cata portione singulis accrescit. (a) Nemo enim paganus pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

a) §. *Videamus, Inst. de hered. inst. & d. l. interdum 13. §. 2. & 3. ff. d. t.* (b) §. *Non autem utique. Inst. d. t. l. Ius nostrum. 7. ff. de reg. jur.* Valent. Forlter. *lib. 1. de succes. c. 22.*

26 Idque verum est, non solùm si duo ex certis partibus scripti sint heredes, ut in proposito jam exemplo, sed etiam si instituti sint ambo ex re aliqua certa, veluti unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi. Hoc enim modo institutione facta, mentio fundi circumscribenda est, ut perinde sit, ac si unus ex tertia totius hereditatis parte, alter item ex besse hereditatis sit institutus.

l. Quotiens 9. §. si duo, & l. seq. ff. de heredib. inst.

27 Quòd si autem non ambo ex re certa, sed unus ex certa re, veluti ex fundo Corneliano, alter ex parte hereditatis certa, veluti ex semisse, institutus sit; tunc ille, qui ex re certa institutus est, legatarii est loco, nec ei superflua portio simul accrescit: alter verò solus est heres, (a) aliique soli residua hereditatis pars accrescit, detracta mentione partis, veluti semissis: (b) ut & si unus solus ex certa re, veluti ex certo fundo, heres scribatur. (c)

a) *l. Quotiens 13. C. de hered. inst.* (b) *l. coheredi 41. in fin. ff. de vulg. & pupill. subst.* (c) *l. 1. §. si ex fundo, & l. si ita 74. ff. de hered. inst.* vide Menoch. *lib. 4. de præsumpt. cas. 20.*

28 Miles tamen pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Vnde residua ejus pars non heredibus ex certa parte institutis accrescit, sed agnatis & cognatis relinquitur. (a) Quod paganus ne quidem expressa voluntate efficere potest. (b)

a) *l. 3.*

Digitized by Google

a) *l. 3. Cod. de testam. milit. l. si miles. 6. l. quærebatur 19. in princ. l. si duobus 37. ff. dict. tit.* (b) *d. l. jus nostrum 7 ff. de reg. jur.* Obstare videtur *d. l quotiens 9. § si duo. ibi, si modo voluntas testatoris manifestè non repugnatur. ff. de hered. inst.* sed vide Balduinum *in Iustiniano, mihi pag. 76.* Obstare item videtur *l. Nam etsi 15. in fin. & l. circa inofficiosi 24. ff. de inoffic. testam.* Conciliatio petenda *ex l. pen. §. filiusfam. vers. quia miles ab initio, ff. de castrensi peculio, & ex verb. videri, & videbitur, in d. l. 15. & l. 24. ff. de inoff. testam.* vide me *in libell. de bello & duello. c. 20.*

Quòd si quidam expressis partibus, quidam sine partibus nomina- 29
tis instituti sint, non accrescit residua hereditas institutis ex partibus expressis, sed ea cedit heredibus, qui sine partibus instituti sunt.

§ Si plures. vers. partibus autem, Inst. de hered. inst. l. Item quod 17. ff. de hered. inst.

Posteriori casu, quo testator in plures, quàm duodecim partes here- 30
ditatem distribuit, dispiciendum est, utrùm omnes partes definitæ sint, an verò partim definitæ, partim indefinitæ. Si omnes fuerint definitæ par- 31
tes, videndum an aliquis ex toto asse sive tota hereditate institutus sit, vel non ex toto asse, sed quadam ejus parte.

Ex toto asse si aliquis sit institutus, alter heres verò sine parte 32
sit institutus, tunc in dimidiam illius assis partem hic vocatus intelligitur.

l. Cum quæstio 23. C. de legat.

Si verò unus ex toto asse, alter ex certis partibus, puta ex semisse in- 33
stitutus sit simpliciter, non addita mentione assis sive hereditatis, quæ relicta est primo, tunc hereditas juris potestate in duodecim revolvitur, & singulis æquè pro rata decrescit, ita ut primus bessem, secundus trientem habeat: (a) vel tot fiant partes, quot testator fecerit, & singuli suas auferunt partes: (b) vel ex dupondio primus habet sedecim uncias, secundus octo.

a) *Dict. l. interdum. 13. §. sed si excesserit, ff. de hered. inst.* (b) *l. Iulianus 15. §. ult. l. si ita 47. §. 1. ff. d. t.* (c) *l. quis non militabat 78. § filiis heredibus vers. Tunc enim ex altero, ff. eod. t.* atque ita in concordiam reducuntur, *d. l. cum quæstio 23. C. de legat. & d. l. interdum 13. §. sed si excesserit. ff. de hered inst.* Donell. *lib. 6. Comment. c. 22. pag. 71.* vide quoque Duar. *ad tit. de hered. instit.* qui putat, *d. l. interdum 13 §. sed si excesserit, ff. d. tit.* corrigi per, *d. l. cum quæstio. 23. C de legat.* Idem sentit etiam Cujac. *ad l. interdum, & Tract. 4. ad African. in explicat. l. 47. ff. d. t. & in Paratitl. C. de legat.* cùm tamen ante compilatas pandectas lata sit *d. l. cum quæstio.* Aliam conciliandi rationem tradit Balduinus *in Iustiniano. pag. 236. & seq.* Aliam Vasq. *de succes. progressu, lib. 1. §. 3. num. 64, & seq.*

Quòd

33 Quòd si testator primum non ex toto asse, sed quadam ejus parte heredem faciat, & secundum similiter ex certa parte: ut si Mævium instituat ex dodrante, Attium ex semisse, tunc vel quindecim partes futuræ sunt, quarum Mævius novem, Attius verò sex habeat: (a) vel si ad unum assem hereditas revocetur, & singulis æque pro rata detrahatur, Mævius septuncem feret, Attius quincuncem. (b)

a) *l. Iulianus 15. §. fin. ff de hered. inst.* (b) *per d. l. interdum 13. §. sed si excesserit, & l. qui non 78. § pen. ff. d. t.*

34 Sin partes definitæ sint partim, partim non definitæ, sive expressæ, tunc quod dupondio deest, habebunt qui sine partibus scripti sunt heredes, verbi gratia: Titius ex besse, Mævius ex semisse. Sempronius sine partibus heres institutus est: Hic Sempronius dextantem habebit: quippe cum ad alterum assem, sive dupondium complendum dextans desideretur.

§. Et si plures, Inst. de hered. inst. l. Sabinus 18. ff. d. t.

35 Idemque erit, si dupondius expletus, & superatus sit. Tunc enim quod tripondio, sive tressi deest, sine partibus instituti ferunt.

Dict. §. & si plures, Inst. de hered. instit.

36 Quòd si tripondius non sit expletus sive superatus, sed testator distribuerit duntaxat dupondium, & aliquem sine parte expressa instituerit, non fit aditus ad tripondium, sed sine parte institutus in trientem vocatur.

l. Item quod 17. §. ult. ff. de hered. instit.

37 Reliquum est, ut videamus, quis sit modus & forma heredum instituendorum. Instituuntur autem heredes tùm purè, vel adjecto die, vel sub conditione: (a) tùm conjunctim, vel disjunctim, sive separatim. (b)

a) *§. Heres, & purè 19. Instit. de hered. instit. tot. tit. ff. de condit. instit.* (b) *l. triplici 142. ff. de verbor. signif. l. Item quod 17. §. 1. vers. Nam quod, l. liber homo. 59. §. cum quis, l. si ita quis. 66. ff. de hered. instit.*

38 Pura heredis institutio est, quâ simpliciter sine diei aut conditionis adjectione hereditas alicui defertur: ut si dicat, aut scribat testator: Titius heres esto.

Dd. in d. §. heres & purè. 9. Inst. de hered. inst.

39 Dies institutioni adjectus vel certus est, vel incertus. Certus dies dupliciter institutioni adjici solet. *Primo* ut institutio usque ad diem conferatur: ut si testator dicat, aut scribat: Titius usque ad quinquennium heres esto. *Deinde*, ut ex certo die heres esse incipiat, veluti: Titius post quinquennium, quàm moriar heres esto. Sed utraque

dici

diei adjectio vitiosa,& supervacua est: proindeque sublata, manet institutio,perinde ac si purè heres institutus fuisset.

Dict. §. Heres & purè 9. Instit. de hered. instit. l. hereditas ex die 34. ff. dict. tit. Qui enim semel heres factus est adeundo, is non potest amplùs desinire esse heres, *§. restituta. 3. Instit. de fideicommiss. heredit. l. ait pretor. 7. §. sed quod Papinianus, ff. de minorib. l. ei qui solvendo 88. ff. de hered. instit.* Et jus nostrum non patitur, ut uno quis tempore sit testatus, altero intestatus; quia non patitur, ut quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. Nam & pars in tempore dicitur: Francis. Connan. *lib. 10. c. 6. nu. 1.* Obstare videtur *l. in tempus. 62. & l. potest quis 56. ff. de haredib. inst.*

Miles tamen ex certo tempore, & ad certum usque tempus here- 40
dem instituere potest: *(a)* Tacitè item dies institutioni utiliter adjici potest, veluti: Sejus cùm erit annorum quatuordecim heres esto. *(b)* Et hujusmodi dies potiùs conditio est,quàm dies. *(c)*

a) *l Miles ita. 41. in princ. ff. de hered. instit.* vide me *in tractat. de bello & duello. lib. 1. c. 20.* (b) *l. si mater 33. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit.* (c) *l. si Titio 22. ff. Quando dies legat. ced. l. quoties. 9. §. penult. & l. in tempus. 62. ff. d. hared. instit.* Cujac. *lib. 3. observ. c. 34. & Tractat. ad African. 2. in explicat. d. l. si mater 33. ff. de vulg. & pupill. substit. mihi. pag. 29.*

Incertus dies est,ex quo testator ita heredem instituit: Titius cùm 41
capere poterit, heres esto: Item Sejus, cùm Gajus morietur, heres esto. Cujusmodi dies utiliter institutioni adjicitur: *(a)* siquidem conditionem faciat,ut in contractibus, *(b)* sic & in ultimis voluntatibus. *(c)*

a) *l. Qui filio. 38. l. in tempus 62. ff. de hered. instit. l. extraneum. 9. C. eod. tit.* Wesenb. *in parat. ff. eod. num. 6.* (b) *l. quodcunque 45. §. penult. ff. de verb. oblig.* (c) *l. dies incertus 75. ff. de condit. & demonstrat. d. l. si Titio 22. ff. Quando dies legat. ced.* Tadæus Piso. *lib. 2. variar. resolut. cap. 3. n. 3. & 4.* Donell. *lib. 6. Comment. jur. civil. c. 18. p. 53.*

Sub conditione instituitur heres, cùm ipsa institutio in aliquem 42
eventum rejicitur; ut si is acciderit, & non aliter, institutus sit heres: cujusmodi conditio duplex est: possibilis,vel impossibilis.

§. Impossibilis, 10. Instit. de hered. institut. & §. ultim. Institut. de legat. Paul. lib. 3. sentent. titul. 5. vide me *in dict. §. 10. num. 16. pagin. 377. & seq.*

Possibilis conditio est, quæ natura vel lege accidere potest: *(a)* 43
Estque triplex: potestativa, casualis sive fortuita, & mixta. *(b)*

a) *Paul. d. 15.* (b) *l. un §. sin autem aliquid 7. C. de caduc. tollend. l. ult. C. de necessar. servis hered. inst.*

Digitized by Google

44 Potestativa institutionis conditio est, quæ in potestate & arbitrio heredis consistit: Casualis, quæ consistit in casu & eventu futuro: Mixta cujus eventus partim ex voluntate heredis instituti, partim ex casu pendet.

Dict. l. un. §. sin autem aliquid. 7. C. de caduc. tollend. l. ultim. Cod. de necess. serv. hered instit. l. cum pupillus. 78. in fin. ff. de condit. & demonstr. Vultejus *ad §. 10. Instit. de hared. instit. num. 7.* Georg. Frantzkius *in resol. l. Gallus. 29. ff. de liber. & postum. haredib. instit.*

45 Omnis autem possibilis conditio ex eventu spectatur. (a) Et nisi ea extiterit, heredibus institutis non debetur hereditas. (b) Vnde institutus hac conditione, *si Mæviam duxerit uxorem*, non existit heres, nisi paruerit conditioni. (c) Si tamen steterit per Mæviam, quo minus eam ducat institutus, nihil ei oberit. (d) Nisi mortua fuerit Mævia. (e)

a) Iul. Paul, *dict. lib 5 Tit. 5.* (b) *l. 1. 2. & tot. tit C. de institut. sub condit.* (c) *l. 1. C. d. t. l. 3. C. de condit. insert. dict. l. 1. Cod. de his, quæ sub modo.* (e) *l. 4. C. de condit. insert.*

46 Et si plures conditiones institutionibus insertæ fuerint, siquidem conjunctim, ut puta; si illud, & illud factum erit, omnibus parendum est: si separatim, veluti: si illud; aut illud factum erit, alterutri conditioni obtemperare satis est.

§. Si plures. 11. Instit. de hered. instit. l. si heredi 5. ff. de condit. institut. l. si ita quis. 63 & l. si quis ita 129. ff. de Verbor. Obligat. l. si is, qui 13. § cùm ita, 2. ff. de reb. dub. l. sub diversis. 51. in princip. ff. de condit. & demonstrat.

47 Quod si talis sit conditio possibilis, quæ in nostra omninò potestate non est, veluti: si navis ex Asia venerit; vivo quoque testatore existere, & impleri potest, (a) Et licet ejusmodi conditio tempore institutionis ignorante testatore extiterit, valet tamen institutio. (b)

a) *l. Si quis 7. C. de inst. & substit.* quâ lege non tam constituitur jus novum, quàm confirmatur jus vetus, ut apparet *ex l. 2. l. hæc conditio. 10. § 1. l. si tam facta 11. §. 1. l. Publius 36. ff. de condit. & demonstrat.* (b) *dict. l. jam facta. 11. l. si vir uxori 61. ff. dict. tit. l. si ita scriptum 45. §. ultim. ff. de legat. 2.*

48 Impossibilis conditio est, cujus eventum vel natura, vel lex aversatur. (a) Natura veluti: si digito cœlum tetigeris: si Rhenum ebiberis; si furtum feceris: si adulterium commiseris: (b) si ab hostibus patrem tuum non redemeris: si parentibus tuis, patronové alimenta non præstiteris; (c) quales conditiones probrosæ dicuntur. (d)

a) *§. Si impossibilis, Instit. de inutil. stipul. l. continuus 137. §. cùm quis sub hac conditione, ff. de Verbor. Obligat. l. probrum 41 ibi proba quadam na-*

tura

Digitized by Google

tura turpia, quædam civiliter, ff. de Verbor. Significe. l. filius 15. ff. de condit. inst. (b) *d. l. probrum 41. ff de Verb. Signif.* (c) *d. l. conditiones. 9 ff de condit. instit.* (d) *§. ult. Instit. de legat.*

49 Lege impossibilis conditio hæc est: si sororem tuam uxorem duxeris: (a) si rem sacram, aut religiosam, aut publicam vendideris; (b) quales conditiones legibus interdictæ dicuntur. (c)

a) *l. Stipulor. 35 §. 1. ff de Verb. Oblig.* (b) *l. continuum 137. §. cùm quis, ff. d t.* (c) *d §. ult. Instit. de legat.*

50 Quævis autem conditio impossibilis institutioni adjecta, pro non scripta, sive adjecta habetur, sed planè subducitur. Heredis tamen institutionem non vitiat, sed perinde est testamentum, ac si purè institutio facta fuisset.

§. Impossibilis, Instit. de hered. Instit. Iul. Paul. *lib. 3 sent t. 5 l. 3 ff. de condit. & demonstr. l. 1. l. conditiones 14. l mulier. 20 ff. de condit. institut.* vide Donell *lib. 6 Commentar. cap. 18. pag. 37. & ad l impossibilis 7. num. 4. & 5. ff. de V. Obl.* & Cujac. *ad dict. l. 7. ff. dict. t.* & Vultej *ad tit. Instit. de hered. instituend. §. impossibilis. num. 7.* Alia est ratio contractuum, quos impossibilis conditio omnino vitiat, ut inde nulla dari possit actio. *§. si impossibilis. Instit. de inutil. stipulat. l. non solum 11. ff de Obl. & Act. l. si homo. 69. ff verbor. obligat.* Quid si fiat institutio sub illa conditione, Titius, si Catholicam Religionem, vel Evangelicam amplectetur, hæres erit. vide Amplis. Dn. D. Besold. *in delib. ff. ad libr. 5. sub quæst. 27. fol. 469.* Gran. *in elegantiss. disput de interdict. cap 5. fol. 56. ubi late.*

51 Differendum nobis dehinc de heredum institutione, quæ fit conjunctis, vel disjunctis sive separatis heredibus. Conjuncti heredes generaliter dicuntur, quibus eadem res seu species in eodem testamento titulo institutionis defertur.

l. Item quod. 17. §. 1. & §. 2. l. liber homo 49. §. cùm quis, l. heredes sine partibus 63. l. si ita quis. 66. ff. de hered. instituend. §. si eadem. Instit. de legat. l. conjunctim 50. ff. de legat. 3. l. hujusmodi 84. §. quibus, l. si duobus 16. ff. de legat. 1. l un. §. hic ita, & §. seq C. de caduc. tollend.

52 Triplici autem modo heredes conjunctos intelligimus: aut enim re & verbis conjunguntur: aut re tantùm: aut verbis tantùm.

l. Triplici, 142 ff. de verb. signif. l reconjuncti 89 ff de legat. 3.

53 Re & verbis conjunguntur heredes, quibus eadem res conjunctim, id est, eadem ratione defertur, hoc modo: Titius & Mævius heredes sunto: Item Titius, & Mævius ex parte dimidia heredes sunto: Vel Titius cum Mævio ex parte dimidia heredes sunto: vel etiam detractis articulis. Et, cùm, veluti; Lucius Titius, Publius Mævius, ex parte dimidia heredes sunto. Publius Mævius, Lucius Titius heredes sunto, (a)

vel hoc modo: Titium & Sejum ex parte dimidia heredes instituo. (b) Item in hæc verba: Cornelius, & Mævius uter eorum volet ex parte dimidia heres esto: (c) & hi, quibus re & verbis eadem res defertur, propriè & specialiter conjunctim instituti dicuntur, & conjuncti appellantur, atque ab aliis conjunctis separantur. (d)

a) *Dict. leg. triplici 142. vers. nec dubium est, & vers. videamus, ff. de verbor. signif. facit l. alienationis 28. § oratio ff. d. tit.* (b) *dict. § si eadem res, vers. conjunctim autem, Institut. de legat.* (c) *l. Cornelius 69. ff. de hered. institut.* (d) *dict. § si eadem res, Instit. de legat. l. conjunctim 80 ff. de legat. 3. l. 1. §. interdum, ff. de usufr. accresc.*

54 Re tantùm conjunguntur heredes, quibus eadem res separatim, sive disjunctim defertur, (a) puta in hunc modum: Lucius Titius ex parte dimidia heres esto; Sejus, ex parte; quâ Lucium Titium heredem instituì, heres esto, (b) vel hoc modo: Titius ex parte dimidia heres esto. (c) Et hi, qui re tantùm conjuncti sunt, propriè disjuncti appellantur. (d)

a) *l. Re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. d. l. 1. §. interdum, ff. de usufruct. accresc.* (b) *d. l. triplici 142. vers. Lucius Titius, ff. de verbor. signif.* (c) *d. §. si eadem res, vers. disjunctim ita, Instit. de legat.* (d) *dict §. si eadem res, vers. disjunctim, Institut. dict. titul. dict. l. 1. §. interdum, ff. de usufruct. accresc. l. un. §. his ita definitis, 10. Cod. de caduc. toll.* Valquius. *de succeff. progreff. §. 21. num. 22. lib. 3.*

55 Verbis tantùm conjuncti dicuntur heredes, quibus eadem res junctis ipsorum personis ex æquis partibus defertur; veluti Gajus & Mævius ex æquis partibus heredes sunto. (a) Vel Titius & Sejus æquis partibus heredes sunto. (b) Aut Titius & Mævius ex singulis quadrantibus heredes sunto. (c)

a) *Dict. l. si ita quis 66. ff. de hered. instit.* (b) *d. l. re conjuncti 89. ff. de legat. 3.* (c) *l. hujusmodi 84. §. quibus ita legatum fuerit, ff. de legat. 1.*

56 Cæterùm hi, quantum ad jus accrescendi, ut scilicet aliis potiores sint, iisque præferantur, conjuncti non sunt; (a) proindeque Jurisconsulti eos separatos vocant. (b)

a) *l. Item quod 17. §. 1. ff. de hered. instit.* (b) *l. heredes 63. ff. d. t. & l. pen. ff. de usufruct. accrescend. dict. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. l. plane. 34. §. si conjunctim. 9. ff. de legat. 1.*

57 Multùm autem refert, duo pluresvè heredes conjuncti sint, vel disjuncti, aut verbis conjuncti. Nam inter conjunctos re & verbis, siquidem singuli ab initio solidum habeant, partes autem concursu fiant, est jus accrescendi; id est, deficientis pars coheredi, adeunti hereditatem, accrescit.

Dict. l.

Dict. l. un. §. his ita definitis, 11. C. de caduc toll. d. §. ſi eadem res, Inſtit. de legat. l. 1. §. interdum, ff. de uſufruct. accreſc. d. l. conjunctim 80. & d. l. conjuncti 89. verſ. præfertur, ff. de legat. 3. l. ſi duobus 16. §. ſi Titio. ff. de legat. 1. Surdus *conſil. 211. num 11.* Simon de Prætis *de interpretat. ultimar. voluntat. lib. 3. interpret. 1. dubit. 5. ſolut. 3. num. 10.*

Eſt item jus accreſcendi inter heredes conjunctos re tantùm. Nam 58
ſi unus ex his deficiat; ejus portio coheredi re conjuncto accreſcit, non etiam cæteris coheredibus non conjunctis, ſive verbis tantùm conjunctis.

Dict. l. un. §. his itaque definitis, verſ. in his itaque, C. de caduc. toll. & facit dict. §. ſi eadem res duobus. Inſtit. de legat. Simon de Prætis *dict. ſolut. 3. num. 20.*

Qui autem heredes verbis tantùm conjuncti ſunt, inter hos jus ac- 59
creſcendi non verſatur.

l. Si ita quis 66. verſ. ſi quis tamen ex his, ff. de hered. inſt. l. 1. in princ. l. pen ff. de uſufruct. accreſc facit. l. & Proculo 20. ff. de leg 2. vide Cujac. *lib. 24. obſervat cap 34. & cap. 35.* Hi enim ab initio expreſſas & expoſitas partes habent. *l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3.* Caſtillo *de uſufr. cap 48. num. 44.* Surdus. *conſil. 31. num 38.*

Quòd ſi commixti fuerint conjuncti & disjuncti, id eſt, re & ver- 60
bis conjuncti, & re tantùm conjuncti: & pars conjuncti deficiat, ea ſoli conjuncto accreſcit, non etiam disjuncto.

l. Heredes 63. ff. de hered. inſtit. l. un. §. his ita definitis. verſ. ſin verò quidam ex heredibus, C. de caduc. tollend. l. conjuncti 89. verſ. præfertur igitur omnimodo ff. de legat. 3. l. 1. §. item ait ff. de uſufr. accreſc. Cujac. *dict. lib. 24. cap. 34.*

Cùm permixti ſunt conjuncti & disjuncti, & unus ex disjunctis de- 61
ficit, portio deficiens non tantùm alteri disjuncto accreſcit, ſed etiam conjunctis, pro portionibus ſcilicet hereditariis, & cum ſuo onere.

Dict l. un. §. his ita definitis, verſ. ſin autem ex his, qui disjunctim ſcripti ſunt C. de caduc. tollend. dict. l. re conjuncti 89. verſ. quòd ſi re tantum conjuncti, ff. de legat. 3.

Quòd ſi commixti ſint conjuncti, id eſt, re & verbis conjuncti, & 62
verbis tantum conjuncti, hoc modo: Gajus & Mævius ex Semiſſe heredes ſunto: Attius ex eodem ſemiſſe pro æquis & virilibus partis heredes ſunto; atque unus re & verbis conjunctorum, puta Mævius, deficiat, pars ejus ſolùm Gajo conjuncto accreſcit, non etiam Attio & Titio verbis tantùm conjunctis.

Dict. l. re conjuncti 89. verſ. præfertur igitur. ff. de legat. 3.

Quod ſi in eodem exemplo proximè propoſito unus verbis tantùm 63

conjunctorum deficiat, puta Attius; non sanè Titius, verbis tantùm cum Attio conjunctus, potior est, sed Attii portio cæteris etiam Gajo & Mævio accrescit.

Dict. l. si ita quis 66. ff. de hered. instit. gl. ad l. re conjuncti 89. in verb. quid si re tantum, in fin. ff. de leg 3. dissentit Duaren. *lib 2. de jure accrescend. cap. 7. & 13.* Cujacius *dict libr. 24. observat. cap. 34. & cap. seq.* item Donell. *lib. 7. Comment. cap. 13 pag. 159. & seq. & libr. 8. cap. 21. pag. 290. per d. l. re conjuncti 89. in fin. ff. de leg. 3.*

64 Sed an invitis vel nolentibus hæredibus pars vacans accedat dubitatur. & Affirmativa legibus consona est.

l. Qui ex duabus 53. §. 1. l. si duo. 38. l. si quis hæres. 35. l. cum hereditate. 55. ff. de acquir. hæredit. l. unic. §. fin. C. de caduc. tollend. Ratio est, quia ipso jure, & necessitate legis accrescit, cum partem hæreditatis habere partem repudiare non liceat, *l. 2. l. si solus. 80. ff. de acquir. hæredit. l. 4. C. de repud. hæredit.*

Clas. III. Disput. V.

De heredis substitutione.

Thesis I.

1 Gradus Institutionis heredum sequuntur; Insunstitutio, & Substitutio. Institutio est primus gradus; Substitutio gradus secundus. Etsi substituto fiat substitutio, erit ille gradus tertius, & sic deinceps. (a) Atque ejusmodi quisque gradus etiam ordo vocatur. (b)

a) *l. 1. In pr. l. sed si plures 10. §. ultim. l. quæ gradu 13. ff. de vulg. & pupill. subst. Inst de vulg. substitut. in pr. l. 2. §. ult. ff. de statu liber. Iul. Paul. lib. 3. sentent. tit. 4. §. Heredes autem instituti.* (b) *in tabulis 36. ff. de statu liber.* Et hanc materiam dicit altam, difficilem & quotidianam. Cancerius *in variat. resolut. lib. 1. cap. 1. num. 1.* ubi materiam hanc tractat: vide item Forsterum, Foquelinum & Zasium.

2 Etsi autem & ipsa heredis substitutio sit institutio; siquidem per eam quoque hereditas alicui deferatur: (a) alia tamen est heredis institutio

tutio ita in ſpecie dicta, alia ſubſtitutio heredis. (b) Inſtitutio heredis eſt prima hereditatis delatio, teſtamento alicui facta. Subſtitutio heredis eſt ſecunda, vel tertia, vel ulterior hereditatis delatio, eodem teſtamento alicui, non tamen ut coheredi, facta: (c) verbi gratia: Teſtator ita ſcripſit in teſtamento ſuo: Filius meus heres eſto: ſi filius meus me vivo morietur, nepos ex eo poſt mortem meam natus, heres eſto. Hæc inſtitutio duos heredum gradus continet, prior eſt, quo filius eſt inſtitutus: alter, quo in defectum filii ex eo nepos inſtitutus eſt. (d)

a) *l. Ex facto 43. §. Lucius & tot. tit. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. mulier 20. §. ultim.* ubi Bart. & alii, *ff de condit. inſtitut.* atque hinc Duaren. *ad tit. de vulgar ſubſtit.* ſubſtitutionem heredis definiunt inſtitutionem heredis, in ſecundo vel ulteriori gradu factam. (b) *l. Generali 13. ibi, ſive ſubſtitutione, C. de SS. Eccleſ. l. 1. §. ultim. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. & Rubric. C. de inſtitut & ſubſtitut.* (c) *d. l. 1. in princ* ubi Cujac. *ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. Inſtit. de vulg. ſubſtitut. in princ. Gajus lib. 2. Inſtitut. tit. 4. in princ.* atque hæc definitio ſubſtitutionis convenit quoque pupillari ſubſtitutioni, uti arguit *l. 2. §. prius autem, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* (d) *l. cum in teſtamento 37. in princ. ff. de hered. inſtit.* Graff. *tr. recept. ſententt. § ſubſtit. q. 1. & 2.*

3 Cæterùm ſubſtitutio quandoque non in alia, ſed eadem ſit perſona, id eſt: quandoque inſtitutus ſibi ipſi ſubſtituitur; ut in hac ſpecie: Titius heres eſto, ſi navis ex Aſia venerit. Quòd ſi navis ex Aſia non venerit, Titius heres eſto.

l. Sed ſi plures 10. §. ult ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.

4 Subſtitutionis hujus diviſionem, qua diducitur in directam & fideicommiſſariam, rejicientes, (a) dividimus eam in vulgarem, (b) quaſi pupillarem, (c) & militarem. (d)

a) Hanc diviſionem probat etiam Donell. *lib. 6. Commentar. c. 23. pag. 75.* Gilcken. *in rubr C. de imoub. & alia ſubſtit. num. 12.* Covarruv. *in c. Raynutius 16 §. 4. exer. de teſtam.* Alexand. *in Dieeolog. lib. 1. cap. 43. num. 13. & ſeqq. ubi citati.* Sfort. Oddus. *de ſubſtit. part. 1. quæſt. 5 nu. 20. per l. poſt aditam 5 C de impuber. & alia ſubſtitut. & l. centurio 15 ff de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Quibus locis mentio fit directæ ſubſtitutionis. Vnde colligi videtur eſſe & fideicommiſſariam ſubſtitutionem. Alii quoque adducunt, *l generaliter cum autem invenimus. C. de Inſtitut. & ſubſtitut.* ubi fideicommiſſum ſubſtitutio appellatur, *ut & in l. heredes 57. §. 1. ff. ad Senatuſconſultum Trebell.* unde concludunt, verbum SUBSTITUO eſſe commune ſubſtitutioni directæ, & fideicommiſſo, vide Tyber. Decian. *conſil. 1. num. 66. & ſeqq. vol. 1.* Et compendioſam vocant ſubſtitutio-

stitutionem, quæ & directam continet substitutionem, & fideicommissum, vide eundem Decian. *dict. consil. 1. num. 61. 62. 63. & seqq.* Verùm, quia fideicommissum propriè substitutio non est, quippe cùm substitutio sit heredis institutio. *d. l. mulier 20. §. ult.* ubi Bart. *ff. de condit. instit. & l. ex facto 43. §. Lucius, ff. de vulg. & pupill. substitut.* Fideicommissarius autem heres propriè non sit, §. *inprimis igitur, 2. Inst. de fideicommiss. hæredit. l. si filiusfamil. 5. §. 1. ibi, qui effectu quodammodo heres est. ff. Quod cum eo, qui in alien. potest.* Certè perperam dividitur substitutio in directam & fideicommissariam. Facit huc, quòd substitutio ita propriè dicta, codicillis utiliter fieri non potest. *l. Scævola 76. ff. ad Trebell.* cum tamen codicillis fideicommissum utiliter relinquatur, *d. l. Scævola. 76. §. directò autem. Instit. de codicillis.* Viglius *quoque ad §. qua ratione, num. 16. Institut. de pupill. substit.* & Duaren. *ad Tit. ff. de vulg. & pupill. substitut. cap. 2.* sentiunt, quod fideicommissaria substitutio propriè heredis substitutio non sit. Substitutio igitur fideicommissaria pars sive species substitutionis, ita propriè dictæ, non est. Turpis enim pars est, quæ suo non congruit toti, & universo, *cap. ult. extra de sponsa duor.* Baro quoque *ad Tit. Instit. de vulgar. substit.* scribit, quod hæc substitutionis divisio, non tàm ex verborum proprietate, quàm abusione defendatur. Non obstat, quod substitutio directa dicitur. Nam omnis substitutio, ita propriè dicta, est directa. Est enim heredis institutio, quæ tantùm directa est, §. *inprimis igitur, Inst. de fideicommiss. hæreditat. & d §. directò autem, Institut. de Codicill.* sic pactum omne dicitur nudum, eò quòd semper nudum, sive vestitum. Est quidem fideicommissaria substitutio, verum ea substitutio quæ ita propriè dicitur substitutio & heredis est institutio, dividi non potest in directam & fideicommissariam. Est & illud hic notandum, quòd potius directa substitutio, quàm fideicommissum præsumatur, ut latè ostendit Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt 66.* (b) *t.t. ff. de pupill. substit. 1. Inst. de vulg. substit. & tit. de pupill substit.* vid. Arum. *exerc. Iustin. 8. thes. 9.* Vaud. *lib. 2. quæst. 11.* & Me *ad tit. Inst de vulg. substit. num. 10.* (c) *§. qua ratione, ibi, ad exemplum pupillaru substitutionis, Inst. dict. tit.* Duaren. *libr. 2. Disputat. cap. 7. & in Commentar. ad tit. ff. de vulgar. & pupill. substitut. cap. 3.* Dd. appellant exemplarem substitutionem, sed hanc appellationem ut ineptam rectè rejicit Duaren. *dict. c. 7.* & Donell. *lib. 6. Commentar. c. 23. pag 78.* quasi pupillaris substitutio rectè dicitur. Nam & quasi Castrense peculium dicitur, quòd ad exemplum castrensis peculii receptum est, *l. ultim. in princ. C. de inoffic. testam. l. 3. §. dari autem, ff. de bonor. poss.* (d) *l. miles 41. ff. de testam. milit. l. in testamento 6. C. d t. l. centurio 15. ff. de vulg. & pupill. substit.*

§ Vulgaris substitutio in libris juris nostri significatur per casum primum

mum, & vulgarem casum : cæteræ tres species indicantur per casum secundum. (a) Vtrique illi casus appellantur quoque causæ, & per causas significantur. (b)

a) *l. Precibus 8. C. de impub & aliis subst. l. jam hoc jure 4. ff. de vulg. & pupill. subst.* (b) *l. cum ex filio 39. §. filio. ff. d. t.* Cujac. *in Parat. ff. eod. t. & in Parat. C. de impub. & aliis subst.*

Sunt autem casus illi duo, sive causæ, conditio quædam, quâ exi- 6
stente, substitutioni fit locus. Primus casus est defectus heredis instituti, ut si ille heres non erit, substitutus sit heres. Secundus casus est, mors instituti heredis, & hereditatem adquirentis; ut si filius impubes heres erit, & intra pubertatem moriatur, ejus substitutus heres sit.

Dict. l. precibus. 8. C. de impub. & aliis substitut. & d. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulgar. & pupillar. substitut. Quando tamen substitutio in secundum sit casum, licet institutus non acquirat hæreditatem testatoris, quod contingit in casu, quo pater exheredato filio substituitur pupillariter.

Ob duplicem ergo casum illum duo tantum substitutionis genera 7
sunt, in quorum alterum substitutio conferri solet.

Donell. *lib. 6. Commentar. 23. pag. 79.* & Cujac. *in Paratit. C. de impub. & aliis substit.* obstare videtur *l. 4. §. 1. ibi, ad tertium quoque genus substitutionis, ff. de vulg. & pup. substitut.*

Sed propositas illas quatuor species ordine inspiciemus. Vulgaris 8
substitutio est, quâ hereditas alteri prius delata, in casum, quo idem primo institutus heres non erit, alii defertur: verbi gratiâ; si Lucius Titius heres non erit, Mævius heres esto.

Institut. de vulg. substitut. in princip. hæc autem substitutio dicitur vulgaris, quòd fit vulgariter, id est, communiter: à quolibet & cuilibet, non tantùm à parente impuberi, ut substitutio pupillaris. Eadem ratione actio de peculio dicitur vulgaris formula, *in l. si servus 42. ff de furt.* exceptio pacti, vulgaris exceptio, *l. Babius 30. § ex diverso, ff. de pact. dotal.* Cuilibet igitur hæredi vulgariter substitui potest Cœpen *libr. 1. observat. 134.*

Triplex autem inspectio in vulgarem substitutionem incurrit; una 9
de modo substituendi vulgariter: altera de effectu hujus substitutionis, tertia de hujus substitutionis interitu.

Modi quatuor sunt; quibus hæc substitutio contingit. Primus con- 10
sistit in numero substitutionis: secundus in reciprocatione: tertius in expressa vel tacita voluntate substituentis: quartus in adjuncta substitutionis qualitate.

Cœpen. *lib. 1, observat. 134.*

Digitized by Google

11 Numerus substitutionis consideratur tum in gradibus, tum in personis, quæ in unoquoque gradu substituuntur.

12 Gradus substitutionis quod attinet, potest quis in testamento suo plures gradus substitutionis facere; puta, si L. Titius heres non erit, Cajus heres esto: Si Gajus heres non erit, L. Sempronius heres esto: & sic deinceps, in quantum velit testator substituere potest; ut novissimo loco in subsidium vel servum heredem necessarium substituere possit.

Instit. de vulg. substit. in princ. & l. potest quis. 36. in princ. ff. de vulgar. & pupill. substitut.

13 In unoquoque autem gradu potest testator vel plures in unius locum substituere, vel unum hominem in plurium locum, vel singulos singulis substituere.

§. *Et plures. 1. Inst. de vulg. substit.* ubi Doctores communiter. *d. l. potest quis 36. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substitut.*

14 Sed cum unus in locum plurium heredum substitutus est, in quæstionem vocatur, sit ne locus substituto, priusquam singuli instituti deficiant: an verò admittatur substitutus etiam in unius aut alterius deficientis locum, & partem? Prius affirmandum. Zasius putat substitutione facta collectivè, puta; Illi & illi, aut ambobus, vel utrique substituo. Posterius similiter idem Zasius affirmandum existimat, substitutione facta distributivè, puta, cuilibet, cuique alterutri substituo.

Zasius *tractat. de substitut. cap. 1. & sequitur* Thomas Linius *ad §. & plures, Institut. de vulg. subst.* & confert huc *l. 2. §. si duo, ff. de bonor. possess. secund. tabulas.*

15 Secundus substitutionis modus consistit, ut dixi in reciprocatione: unde substitutio reciproca. *(a)* Est autem reciproca substitutio, si testator duos aut plures heredes institutos invicem substituat. *(b)* Qualis substitutio fit etiam hoc verborum ordine: Publius, Marcus, Gajus, invicem substituti, heredes mihi sunto. *(c)* Item hac verborum conceptione: Titius, & Sejus, uterve eorum vivet, heres mihi esto; quo modo substitutione facta, si uterque vivat, ambo heredes sunt: & altero mortuo is, qui supererit, ex asse heres est. *(d)*

a) *l. 4. §. 1. Ibi reciprocam substitutionem. ff. de vulg. & pupill. substit.* Duaren. *ad eundem tit. ff. cap 8.* idem quoque ibidem, ut & Baro *ad tit. Instit. de vulg. substitut.* hanc substitutionem vocant substitutionem mutuam. (b) *d l. 4. § 1. l. qui plures 23. l. coheredi 41. §. 1. l. Lucius 45. ff. de vulg. & pupill. substitut. §. & plures 1. Instit. de vulg. substitut.* (c) *l. cum in testamento 37. §. hac verba. ff. de hered. institut.* (d) *l. Titius & Sejus 24.*

junct. l. seq. ff d. tit. l. si fundum 81. §. his verbis. ff. de legat. 1. l 26. junct. duab. legib. precedent ff. de vulgar. substit. Didac. Covarruv. *in c. Raynutius. §. 7. num. 2. extra de testament.*

Hanc reciprocam substitutionem Dd. breviloquam vocant, sed ineptè. 16

Duaren. *in Commentar. ad tit. ff. de vulg. & pupill. substitut. cap. 8.* & Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 23.* item Vigl. *ad §. & plures, num. 4 Instit. de vulgar. substitut.* Concipi enim potest non solùm brevi orationis compendio, sed & prolixis verborum formulis hoc modo: Titius heres esto: Sempronius heres esto, si Titius heres non erit, Sempronius heres esto: si Sempronius heres non erit, Titius heres esto. Vide Anton. Merendam *lib. 4. controv. jur. civil. cap. 6. num. 26 & 30.*

Quod si plures ex disparibus partibus heredes sint instituti, & omnes invicem substituti sine mentione partium, tunc ex videntur in substitutione partes datæ, quas testator in institutione expressit: (*a*) Nisi alia fortè testatoris mens fuerit evidenter testamento expressa. (*b*) 17

(*a*) *§. Et si ex disparibus, Instit. de vulg. substit. l. 1. C. de impub. & aliis substitut. l. si plures 24. ff. de vulgar. & pupill. substit.* si igitur tres instituti sint heredes, Sejus, Mævius, Gajus: & primus quidem ex sextante, secundus ex triente: & tertius ex semisse: repudiante tertio, semis in sex unciis dividendus est, quarum duæ ad Sejum, ad Mævium verò quatuor pertinent. Si item unus ex uncia, secundus ex octo unciis, tertius ex quadrante sit institutus; repudiante tertio, in novem partes dividatur quadrans, ferarque octo partes, qui ex besse institutus fuerat: unam partem, qui ex uncia scriptus est. (*b*) *d. l. si plures 24. l. coheredi 41. §. 1. ff de vulg. & pup. substitut.*

Tertius substitutionis modus est, ut dixi, quo testator vel expressa, vel tacita voluntate substituit. Vnde substitutio alia tacita, alia expressa. 18

l. Quia tacita 25 ff. de hered instit. Baro *ad tit. Instit. de vulg. substit.* Duarenus *ad tit ff de vulg. & pupill. substit cap. 8.*

Expressa substitutio est, quæ verbis exprimitur: quod fit vel plena oratione, vel uno verbo. Plena oratione, cùm exprimitur conditio hujus substitutionis propria, hoc modo: Si Titius heres non erit, Sejus heres esto. 19

Instit. de vulg. substitut. in princ. l. 1. §. 1. & d. l. potest. 56. in princ ff. de vulg. & pupill. substitut.

Vno verbo fit expressa substitutio, cùm testator substituendi verbo utitur in personâ instituti heredis, cui aliter, quàm in casum vulga- 20

rem, substitui non potest, ut si dicat aut scribat: Sejo Mævium substituo. Aut pluribus institutis ita scribat, aut dicat: eosque invicem substituo.

l. Iam hoc jure. 4. §. sed ss aliter. 2. l. qui plures. 23. l. coheredi. 41. §. 1. ff. de vulgar. & pupillar. substitut.

21 Tacita substitutio est, quæ per conjecturam ex voluntate testatoris colligitur; ut si ita testator dicat aut scribat: Titius & Sejus, uterve eorum vivet, heres mihi esto. Hoc enim modo factæ institutioni tacita substitutio inesse videtur, ita ut altero mortuo, is, qui supererit, ex alle heres sit, cùm alioqui, si uterque vivat, ambo sint heredes.

l. Titius & Sejus. 24. & seq. ff. de hered. instit. d. l. 4. §. 1. l. si Titius 27. & l. coheredi. 41. in princ. ff. de vulgar. & pupill substit. Donell. *lib. 6. Commentar. cap. 24.*

22 Comprehenditur quoque tacita vulgaris substitutio hoc verborum compendio: Quandoquè filius meus decesserit, Gajus heres esto. Si enim vivo testatore patre decesserit filius, atque ita heres non erit, substitutus Gajus sit heres.

Latè Menoch. *de præsumpt. part. 2. lib. 4. præsumpt. 53.*

23 Similiter si pater duos filios impuberes heredes instituat, eosque invicem substituat, ea substitutio, præter pupillarem substitutionem, continet etiam tacitam substitutionem vulgarem.

Dict. l. 4. §. Quod jus ad tertium quoque. 1. ff de vulg & pupill substit. arg. l. 4. Cod. de impub. & aliis substit. Menoch. *dict. libr. 4. præsumpt. præsumpt. 43.*

24 Inest quoque tacita vulgaris substitutio huic substitutioni, quâ instituto Attio heredi testator Mævium coheredem ei substituit, & huic Mævio coheredi alium similiter expressè substituit. Hic enim substitutus intelligitur etiam tacitè substitutus Attio, licèt ei expressè substitutus non sit.

§. Sed si instituto, Instit de vulgar substit l. si Titius 27. l. coheredi 41. in princ ff. de vulgar. & pupill. substit. Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 24. pag. 80. circa fin.*

25 Si tamen is tantùm deficiat heres, cui tertius aliquis substitutus est, tunc substitutus, succedit.

l. 2. §. Si duo, ff. de bonor possess. secund. tabulas. Bart. *ad dict. l. si Titius 27 ff. de vulg & pupill substitut.*

26 Restat quartus substitutionis modus, in adjuncta substitutionis qualitate consistens; ut si ita substitutio fiat: Sejus heres esto; si Sejus sine liberis decesserit, Gajus heres esto. Hæc substitutio certam qualitatem adjunctam habet, quæ his continetur verbis, *sine liberis*, cujusmodi quali-

Digitized

qualitas, ut locus sit substitutioni, id est, ut substitutus succedere possit in locum substituti, & capescere hereditatem, simul apparere debet, & quidem tempore verbi, cui adjecta est. Vnde si institutus heres Sejus decesserit vivo relicto filio, licèt filius ille post mortem patris moriatur, substitutus tamen in perpetuum erit excluſus.

Latè & eleganter Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observ. 136.*

Sequitur de effectu substitutionis vulgaris: qui hic est, quod si he- 27
res institutus heres non erit, substitutus ad hereditatem sibi delatam admittitur.

§. Vlt. Inst. de vulg. subst. l. 3. l. quandiu institutus 69. ff. de adquir. vel omitt. hered.

Duobus autem modis accidit, ut qui institutus est, heres non sit, pu- 28
ta, aut quia non potuit esse heres, aut quia noluit esse heres.

§. Cùm autem quæritur. vers. hac ratione. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. cùm proponas C. de hered. inst.

Non potest esse heres, qui aut vivo testatore, vel post mortem ejus, 29
antequam hereditatem adiret, decessit: aut conditione, sub qua heres substitutus est, defectus est.

§. Posteriore. vers. ideoq;, Inst. quib. mod. testam. infirm.

Non vult esse heres extraneus, qui repudiat, hereditatem, *(a)* vel 30
si suus sit heres, qui abstinet hereditate. *(b)*

a) *§. Sicut autem nuda voluntate, Institut. de hered. qualit. & differ.* (b) *§. necessariis verò, vers sed hu prater. & §. sed sive is, Inst. d. t. l. necessarius, ff. de adquir. vel omitt hered.* Filiofamilias instituto & adire recusante, pater substitutum non excludit. Cœpen. *lib. 1. obs. 137.*

Admittitur autem substitutus ad hereditatem non modò, si heres 31
institutus non possit esse heres, *(a)* sed & si extraneus hereditatem repudiet, *(c)* vel suus abstineat hereditate. *(c)*

a) *Dict. l. 3 & d. l. quandiu 69. ff. de adquir vel omitt. hered.* (b) *l. 3. C. de impub. & aliis subst.* (c) *l. ait prætor 7. § sed quod Papinianus. ff. de minoribus. l. 2. §. ego etiam. si minor, ff. de vulg. & pupill. subst.*

Et licet testator ita substituerit, *si Sejus heres esse noluerit, Titius he-* 32
res esto; attamen admittitur substitutus in alterum etiam casum, quo institutus heres esse non potest: *(a)* nisi alia testatoris voluntas appareat. *(b)*

a) *l. Gallus 29. §. Et quid si tantum, 5. ff. de lib. & post. l. ultim. C. de post. hered. instit. l. 3. C. de instit. & substit.* Hanc quæstionem latè tractat, & affirmativè decidit Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 65.* Arumæus *exercitat. Justin. 8. thes. 15.* Alex. Trentacinq. *de substit. part. 1. q. 1. num. 25.* At dilentit Duaren. *ad tit. de vulg. & pupill. subst. c. 9. per*

Digitized by Google

l. commodissimè 10. ff. de liber. & postum. ut & Fachinæ. *lib. 4. controv. jur. c. 61.* Mantica *de conjectur. lib. 5. tit. 1. num. 3.* (b) *l. quidem cùm filiumfamil. 44. ff. de hered. institut. dict. l. commodissime. 10. ff. de liber. & posthum.*

33 Sed in quæstionem hìc vocatur, si testator alicujus filiumfamil. heredem instituat, illíque, si heres non erit, alium substituat; filius autem famil. ille repudiet hereditatem, utrùm pater ipsius, an substitutus ad hereditatem sit admittendus? & substitutum patri præferendum existimamus.

l. 3 Et l. 8. §. 1. ff. de vulg. & pupill. subst. §. ult. Inst. de vulg. subst. l. si paterf. 40. ff. de heredib instit. quibus locis efficere alium heredem, est sua additione adquirere hereditatem ei, cujus potestati subjectus est, uti arguit l. cum proponas 3. vers. quod si verba, C. de hered. instit. Atque hanc sententiam, quòd substitutus patri præferatur, tenet quoque Vigl. *ad dict. §. ult. n. 3. Inst. de vulg. substit.* & Donell. *lib. 6. Comment. cap. 24. pag. 84.* Arumæ. *exercit Justin 3 th. 10.* Fachinæ. *lib. 4. controv. c. 63.* Gilcken. *in l. cum proponas. 3. num. 15. C. de hared instit.* Petr. Gregor. Tholosan. *libr. 42. Syntagm. c. 15.* dissent. Duaren. *ad t. ff. de vulg. & pupill subst. c. 10. ubi ejus argumenta* vide Plebst. *in disp. ad Stat. Wurttenb. thes. 135* Trentacinq *d. substit. part. 1. c 6.* Sin verò instituto servo, quem testator liberum putabat, Cajum substituerit, dividenda est hæreditas in duos semisses, quorum unum servi dominus, alterum substitutus capit *l si paterfamilias. 40. & l. seq. ff de hared instituend. & §. si servum alienum. Inst. de substit. vulg.* vide autem Dd. in difficilem illam *l. 40.* & maxime Andr. Gernard. *in colleg. suo testamentar. disp. 4 th 22.*

34 Fiscus item præfertur substitutus, si institutus hereditate, quam nondum adiit, indignum se fecerit, eò, quòd testatoris mortem ultus non est. *(a)* At si institutus adiit hereditatem, qua se hac ex causa indignum reddit, certè fiscus substituto præfertur *(b)*

a) *l. 3. Cod de impub. & aliis substit.* facit. *Nov. 1. c. 1. §. 3.* Duaren. *in Comment ad tit. ff. de vulg & pupill. substit. c. 10. p. 504.* vide Trentacinq. *d. tract. c. 8. num 1.* Fachinæ. *lib. 4 controvers. jur. cap. 64.* Petr. Gregor. Tholosan. *Syntagm. Jur. universi. lib. 42. c. 14. num. 2.* (b) *l. si sequens 1. in pr. ff. de Senatusconsulto Silan.* quæ lex accipi debet de herede instituto, qui adiit hereditatem, uti arguit *l. necessarios. 5. §. non Alias. ff. ad Senatusc. Silan.*

35 Quæritur & illud, si heres primo gradu institutus, qui jus adeundi ad proprios heredes transmittit, ante aditionem moriatur, utrùm locus fiat substituto, an verò instituti heres præferatur? & locum fieri substituto arbitramur.

Nam

Nam propria substitutionis conditio, *si heres non erit*, illud significat, si institutus heres, neque sibi hereditatem aditione adquirat, neque per se, id est, sua aditione alium heredem faciat, §. *ult. Inst. de vulgar. & pupill. substit. d. l. si patersamil. 40. ff. de heredibus inst. dict. l. cùm proponas. 3. vers. quòd si verba substitutionis, ibi, nec per semetipsum alium fecisset heredem, &c. C. de hered. instit.* Facit etiam huc, quod in testamentis ultima testatoris voluntas totum facit, & quædam veluti lex quocunque jure potior habenda est, *l. ex facto. §. verum. ff. de hered inst. & Nov. 22. de nupt. c. 2. vers. disponat itaque.* Confert quoque eodem, quod ex testamento is solus est heres, quem testator voluit, *l. quoties 9. in pr ff. de hered. instit.* At testatoris voluntas est, ut primo gradu institutus sit heres, & si is heres non erit, substitutus heres sit. Hæc ergo voluntas strictè servanda est; quippe cum nihil sit, quod magis hominibus debeatur, quàm ut suprema eorum voluntatis (post quam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, *l. 1. C. de SS. Eccl.* At contrariam sententiam amplectuntur Duar. *ad tit. ff. de vulg & pupill. substit. c. 10. pag. 505.* & Donell. *lib. 7. Comment. cap. 25. pag. 85.* per *l. si patersam 40. ff. de hered. inst.* sed magis ipiorum opinioni videtur patrocinari, *l. un. §. cum autem in superiore parte 13. C. de caduc. tollend.* de hac quæstione vide quoque Zas. *tr. substitutionum, c. 10. p. 216.*

Reliquum est, ut videamus de interitu substitutionis vulgaris. Interit, evanescit, & expirat hæc substitutio, cùm institutus heres ipsemet hereditatem adquirit. 36

l. Post dictam. 5. C. de impub. & aliis subst. l. 3. l. quandiu institutus. 69. ff. de adquir. vel omitt. hered. vide Peregr. *de fideicommiss. artic. 18. num. 24.* Pancirol. *consil. 59. num. 10.* Menoch. *consil. 496 num 10 vers. Nec impugnat & consil. 95 num 47. & seqq. lib. 1.* ubi docent, quod uno substitutionis gradu admisso, reliqui omnes expirent. Cœpen. *lib. 1. observat. 139.*

Adquirit autem hereditatem suus heres, ipso jure, absque aditione. (a) Neque verum est, quod *Bartolus* scribit, (b) vulgarem substitutionem facere de suo herede voluntarium heredem. (c) Extraneus autem herede voluntarium heredem. (d) 37

(a) §. *Sui autem heredes fiunt. Instit. de heredit. quæ ab intestat. defer.* (b) *ad l. 1. num. 45. ff. de vulg & pupill. substitut.* (c) cùm enim impuberis quis substituitur, in vulgarem tantum casum substitui intelligitur *l. 4. ff. dict. tit.* nihilominus tamen impubes ille necessarius heres patri existere dicitur, *l. Iulianus 42. ff. de aquir. heredit. l. filius 12. ff. de vulg. & pupill. substit.* atque ita hoc Bartoli erratum indicat Donell. *lib. 6. Comment. c. 24. p. 81.*

Digitized by Google

p. 81. & ante eum alii, inter quos etiam est Zasius *tract. substit. cap. 1. vers. secundus effectus, pag 214.* (d) *§. item extraneus, Instit. de hered. qualit. & differ.*

38 Etsi verò suus ipso jure existat heres, absque aditione, atque ita simulatque testator decesserit, evanescat substitutio; si tamen hereditate paterna abstineat, locus fit substituto.

l. Ait Prætor 7. § sed quod Papinianus ff. de minoribus l. ex contractu 44. ff. de re judicat.

39 Cæterùm si heres institutus minor, suus vel extraneus immisceat se hereditati, vel adeat eam, postea verò fretus beneficio restitutionis in integrum hereditate abstineat, dubitari solet, an substituto locus fiat? Nobis opinio negata placet.

Per l. post aditam 5. C. de impuber. & aliis substit. dict. leg. Ait Prætor 7. §. sed quòd Papinianus, ff. de minor. l. fin. ff. de successor. edict. Duar. *ad tit. de vulg. & pupill. substitut. cap. 10. p. 510. & seq.* Dissentit Donell. *lib. 6. Comment. cap. 24. 84. in princ.* Anton. Faber. *lib. 3. conjectur. cap. 4.* Fachinæ. *lib. 4. controv. 73.* Trentacinq. *lib. 1. de subst. c. 18.* Vt & Dominic. Porsius *in disserpt. methodic. subst. direct. & obliq. thes. 37.*

40 Impubes tamen filius, cui servus necessarius heres substitutus est, si post immistionem abstineat hereditate, quæ solvendo non est, substitutus ille in hereditate ejusmodi heres efficitur, ac manet hæres ac liber, quamvis impubes postea restituatur.

Dict. l. ait Prætor 7. § sed quod Papinianus, vers. Nam si non solvendo, ff. de minorib. l. ex contractu. 44. ff. de re judicat.

41 Si quoque institutus ab hereditate removeatur, quòd voluntati testatoris non obtemperavit, ex Iustiniani constitutione hereditas ad substituturum transfertur.

Nov. 1. c. 1. §. si verò institutio. 3.

42 Si item testator servum alienum patrem fam. arbitratus, heredem scripserit, & si heres non esset, Mævium ei substituerit. Hic servus etiamsi jussu domini adierit hereditatem, Mævius tamen substitutus in partem admittitur dimidiam. (b)

a) *§. Vlt. inst. de vulg. substit. l. si paterfam. 40. ff. de hered.* (b) *Et hoc Tiberius 41. ff. de hered. inst.* Obstare vehementer putant, *l. si paterfam. 40. in fin. ff. de hered. inst.* vide Alciat. *lib. 1 disputt. c. 2.* Duaren. *ad l. ff. de vulg. & pupill. substit. c. 10 pag. 509.* Goveanum *lib. 1. lect. cap. 6.* Wesenbec. & Mynsing. *ad dict. § ultim. Instit de vulg. substit.* & Donell. *lib. 6. Comment. c. 24. p. 83.* Lancelot. Polit. *Tract. de vulg. substit.* Cujac. *in notis ad d. §. ult. Inst. de vulg. subst.* Quorum alii aliter loca illa conciliare student.

Eva-

Evaneſcit quoque hæc ſubſtitutio, ſi pater liberis ſuis prole caren- 43
tibus ſubſtituat, & ſi poſtea liberos ſuſceperit. Per hos enim liberos poſtea natos excluditur ſubſtitutus.

l. Generaliter 6. §. cum autem, C. de inſt. & ſubſt. confert huc *l. cum acutiſſimi. C. de fideicommiſſ.* vide Menoch. *libr. 4. præſumpt. 89.* Sichard. & Gilcken. *in l. generaliter. 6. §. cum autem. C. de inſtitut. & ſubſtitut. num. 12.*

Hactenus de vulgari ſubſtitutione; proximum nunc eſt, ut de ſub- 44
ſtitutione pupillari agamus. PUPILLARIS SUBSTITUTIO eſt, quâ parens, (a) ſibi teſtamentum faciens, (b) liberis (c) ſuis impuberibus, (d) quos in patria poteſtate habet, (e) heredem inſtituit (f) in caſum, quo iidem impuberes (g) ſui juris (h) deceſſerint.

a) Etiam avus *l. 2. in princ. verſ nepotibus, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* (b) *§. liberis autem ſuis, Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. l 1. §. ultim. l. 2. §. quiſquis, & §. prius autem, & §. ultim. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 25. pagin. 90.* (c) Maſculis, & fœminis. *§. Maſculo igitur, Inſtitut. de pupillar. ſubſtitut. l. 2. in princ. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Item adoptivis, *l. 2. in fin. princip. l. ſed ſi plures 10. §. in arrogato, ff. dict. titul.* tum etiam poſtumis nondum natis, *§. quæcunque diximus, Inſtitut. de pupillar. ſubſtitut. l. 2. in princip. verſ. poſtumis, ff de vulgar. & pupill. ſubſtit;* ut & exheredatis, *§ non ſolùm autem, Inſtit. de pupill ſubſtitut. l. 1. §. ſubſtituere liberis l. 2. in princ. l. ſed ſi plures 10. § ad ſubſtitutos, ff. de vulg. & pupill ſubſtit.* (d) *Inſtit de pupill. ſubſtitut. in princ. & §. ult. & §. Maſculo.* (e) *in princip. Inſtit. dict. t.* Neque igitur mater ſuæ proli, neque pater emancipatis ſuis liberis ſubſtituere poteſt, *l. 2. in princ. verſ. Quod ſic erit accipiendum, & verſ. ſeq ff. de vulg. & pupill ſubſtit.* Iure tamen Würtembergico, licet quoque matri pupillariter liberis ſuis impuberibus minoribus ſedecim annis ſubſtituere, Landrecht das Alte / *part. 3. titul.* Wie *ſubſtitutiones*, oder nach Erbſatzung geſchehen mögen / *pag. 283. verſ.* Neben ſollichen / das Neu / *part 3. Tit. 12. cap. de pupillari ſubſtitut. §. ultim.* Berlich. *deciſ. 111.* Pruckman. *de different. utriuſque ſex. art. 1. fol. 178.* eleganter Merend. *lib. 3. controverſ. 27.* (f) *§. non ſolùm, Inſtit. de pupillar. ſubſtitut.* Hinc paſſim hæc ſubſtitutio dicitur pupillare teſtamentum, teſtamentum impuberis, tabulæ pupillares: & quia ſecundo loco fit, ſecundæ tabulæ, *Inſtit. de pupill. ſubſtit. in princ verſ. ult. §. Igitur in pupillari, & §. liberis autem, l. Papinianus 8 § ſed nec impuberis, & §. ſi quis impuberi, ff. de inoffic. teſtament. l. 2. in princ. § quiſquis, & §. interdum, dict. l. ſed ſi plures 10 §. ſi ex aſſe, l. ſi filius 12. ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* (g) *§. Maſculo, Inſtit.*

de pupillar. substitut. (b) *dict. l. 2. in princ. vers. & deinceps. ff. de vulgar. & pupill substit.*

45 Quia autem pater liberis suis impuberibus non aliter substituere in casum secundum potest, quàm si & sibi testamentum fecerit, idcirco patris & filii testamentum pro uno habetur, ita ut sufficiat tabulas patris esse signatas: & septem signa testamenti paterni sufficiant.

l. Patris & filii 20. ff. de vulg. & pupill. substitut.

46 Cæterùm duobus temporibus in potestate testatoris impuberes esse debent, tempore scilicet, quo fit substitutio, & tempore, quo testator moritur.

§. *In extraneis, 4. Instit. de hered. & differ. l. si alienum 49. §. 1. ff. de hered. instit. l. coheredi 41. §. cum filia, ff. de vulgar. & pupill. substit.* Duaren. *ad d. tit. cap. 14. pag. 516. colum. 2.* Donell. *lib 6. Commentar. cap. 25. pag. 88.* Hunn. *lib. 2. var. resolut. tractat. 6. quæst. 11.* Didac Covarruv. *ad cap. Raynutius, ext. de testament. §. 5. num. 2.* ubi refutat eorum argumenta, qui volunt, quòd sufficiat, ut tantùm mortis tempore testatoris impubes in ipsius sit potestate. Arumæus *exercit. Instit. 8. thes. 16.* Forster. *lib. 2 disput. 13. thes. 8.* Merenda. *libr. 3. controv 28.* Gilken. *ad l. post aditam. 5. C. de impub. & aliis substit. num. 23. & seqq.* Patria potestas superveniens an convalidet substitutionem pupillarem. Merend. *libr. 3. controvers. 29.*

47 Quòd si parens in hac substitutione pubertatem excesserit, ut si hoc modo substituerit filio impuberi: *si Gajus meus impubes intra vicesimum annum decesserit, Titius ei heres esto*, non erit in totum hæc substitutio inutilis, sed valebit usque ad pubertatem: in reliquum tempus, quod pubertatem excedit, inutilis est.

l. In pupillari 14. l. verbi civilibus 7. ff. de vulg & pupill substitut. Quo pertinet regula Iuris, utile per inutile non vitiatur, *l. 1. §. sed si mihi, ff. d. verb. obligation. l. pecuniæ 9. in princ. ibi, superfluo detracto, l. usuras 20. & l. placuit 29. ff. de usur. l. sed etsi 12. ff. de constit. pecun. l. qui testamento 37. ff. de legat. 2.*

48 Sed quæritur, an substitutio facta in tempus, quo filius desinet esse impubes, ex causa saltem fideicommissi valeat, nec ne? Communis quidem Dd. Schola ita docet, & consentit Donellus: (a) at Viglius (b) hanc opinionem reprobat, & rectè quidem, ut arbitramur. (c)

a) *Lib. 6. Comment. cap. 25. pag. 89. per l. fœvoca 76. ff. ad SC. Trebell.* Gomez. *tom. 1. var. resolut. cap. 4. num. 6.* Zasius *in tract. de substit. cap. 5.* (b) *ad §. ultim. Instit. de pupill substitut.* (c) *per textum in d. §. ult. Instit. d. tit. vid. infr. thes. 78. & thes. 72. lit. B.* & me *in princ. Instit. de pupilla, substit. num. 22. & seq.* sequitur Fachinæus *libr. 4. controvers. 44.*

Arum.

Digitized by

Arum. *exercit. 8. theſ. 12.* Cujac. *lib. 11. obſerv. 25.* Trentacinq. *de ſubſtitut. part. 2. cap. 10. num. 9.* Intigriol. *de ſubſtitut. cent. 1. queſt. 65.* Vaud. *lib. 2. variar. quæſtion. 12.* Petr. Gregor. Tholoſan. *lib. 42. Syntagm. jur. cap. 22. num. 10. & 11.*

Quamvis autem parens hanc ſubſtitutionem ultra pubertatem 49
porrigere non poſſit, intra minorem tamen ætatem includere eam non prohibetur, ut ſi ita ſubſtituat filio Mævio: ſi Mævius filius meus intra octavum annum ætatis, aut decimum deceſſerit, Titius ei heres eſto.

l. Qui plures liberos 39. §. 1. l. ex facto 43. §. Item quæro, ff. de vulg. & pupill ſubſtitut.

Et licèt parens filio ſuo infanti pupillariter ſubſtituat, cenſetur ta- 50
men illi ſubſtituiſſe non ſolùm uſque ad annum ætatis ſeptimum, ſed etiam uſque ad pubertatis annos.

Cùm enim poteſtas data ſit patri, filio ſuo impuberi ſubſtituere pupillariter, idque utile ſit ipſi pupillo, *l. Iulianus 42. in princ. verſ. impugnat ff. de adquir. vel omitt. hereditat.* præſumendus eſt pater voluiſſe juri & utilitati filii ſe conformare. Atque ita poſt alios Menoch. docet *libr. 4. præſumpt. præſumpt. 47.*

Cæterùm in hac ſubſtitutione ſpectatur inſuper 51
tum modus ſubſtituendi pupillariter: tum effectus ſubſtitutionis: tum denique ejuſdem interitus.

Modùm ſubſtituendi pupillariter conſideramus partim in ipſis li- 52
beris, quibus ſubſtituitur: partim in perſonis, quæ ſubſtituuntur: partim etiam in declaratione voluntatis tacita vel expreſſa: partim denique in ſubjectis tabulis, in quibus pupillaris ſcribitur.

Modus ſubſtituendi, quoad ipſos liberos, hic eſt, quod teſtator 53
vel ſingulis ſuis liberis impuberibus ſubſtituere poteſt: vel ei, qui noviſſimus impubes morietur. Et ſingulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit: noviſſimo ſive ultimo morienti, ſi jus legitimarum hereditatum, id eſt, jus ſuccedendi ab inteſtato integrum inter eos cuſtodiri velit.

§. Vel ſingulis liberis, Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. & l. vel ſingulis 37. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.

Eſt & hic ejuſmodi modus, quo vel inſtitutis, vel exhereditatis im- 54
puberibus liberis in ſecundum caſum ſubſtituitur. Inſtitutis ita: Titius filius meus heres eſto; & ſi heres erit, & prius moriatur, quàm in ſuam tutelam venerit, Sejus heres eſto. *(a) Item:* Sejus filius meus heres eſto, & ſi heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, Gajus heres eſto. *(b)* Tum etiam hoc modo: Si filius meus intra quartum decimum annum deceſſerit, Sejus heres eſto: Filius heres eſto. *(c)*

Digitized by Google

a) *Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. in princ.* (b) *l. 4. in fin. & l. qui liberis 8. in princ. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* (c) *l. 2 §. ſed ſi quis ita, ff. d. t.*

55 Exheredatis verò liberis impuberibus pupillariter ſubſtituitur hoc modo: Ejus filius meus exheres eſto, qui ſi intra annum decimum deceſſerit. Titius ei heres eſto: (*a*) Item hoc modo: Gajus filius meus ex heres eſto: Et ſi ille intra decimum annum deceſſerit, Titius ei heres eſto: Si poſt decimum intra quartum decimum, Mævius ei heres eſto. (*b*) Similiter & hoc modo: Lucium filium meum exheredo; qui ſi intra pubertatem deceſſerit, Attius ei heres eſto. (*c*) Et denique hoc modo: Lucium filium meum exheredo; & quiſquis mihi heres erit, idem & illi impuberi heres eſto. (*d*)

a) *l. Qui plures 38. §. 1. ff. de vulg. & pupill ſubſtitut.* (b) *dict. l. qui plures 38. l ex facto 43. §. Item quæro ff. dict t.* (c) *l. qui liberis 8. junct. l. 1. §. pen. ff. d t. & junct. §. non ſolùm autem, inſtit. de pupill. ſubſtitut.* (d) *l. 3. & d. l. qui liberis 8. §. utim ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.*

56 Modus autem concernens perſonas, quæ pupillariter ſubſtituuntur, hîc eſt, quòd aut nominatim aliquis impuberi ſubſtituitur: aut generaliter. Nominatim fit ſubſtitutio, expreſſo nomine ſubſtituti, veluti: Titius heres eſto filio meo, ſi impubes mortuus fuerit. Generaliter hoc modo: Quiſquis mihi heres erit, & filio meo, ſi impubes deceſſerit, heres eſto.

l. Subſtituitur autem, Inſtitut. de vulg. ſubſtit. dict. l. 3. & d. l. qui liberis 8. §. hæc verba ff. de vulg. & pupill ſubſtitut.

57 Generaliter autem facta ſubſtitutione tria ſignificantur: Primum eſt, ut illi tantùm impuberi ſint heredes, quos parens ſibi teſtamento nominatim heredes ſcripſit, non etiam illi, quos ſcripti heredes facere ſolent heredes. Ideoque nec pater, qui per filium, nec dominus, qui per ſervum, heres extitit, ad ſubſtitutionem admittetur, ut nec ſcripti heredis heres.

l. 3. d. l. qui liberis 8. § hæc verba, ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.

58 Alterum eſt, quod niſi hic ſubſtitutus patri heres extiterit, filio impuberi ſuccedere non poſſit. Unde ſi quiſquam patris repudiaverit hereditatem, ad pupillarem ſubſtitutionem non admittetur.

§. Subſtituitur autem, Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. & d. l. qui liberis 8. in princ. verſ. non alias exiſtet heres, ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.

59 Tertium eſt, quòd ſubſtituti eaſdem debent habere partes in bonis filii impuberis, quas ex parentis patrimonio conſecuti ſunt.

Dict. § ſubſtituitur autem, ibi. Et pro qua parte, heredes facti ſunt, inſtit. de pupill. ſubſtitut. & d. l. qui liberis 8. in fin. ff. de pupill. ſubſtitut.

60 Quod attinet tertium pupillariter ſubſtituendi modum, declarat teſta-

Digitized by Google

teſtatoris voluntatem ſuam, vel expreſsè, vel tacitè. Expreſsè cùm conditionem, ſive caſum pupillarem verbis exprimit, puta hoc modo: Si filius heres erit, & intra pubertatem deceſſerit, Titius heres eſto. (a) Vel hoc modo: Si filius intra quatuordecim annos deceſſerit, Sejus ei heres eſto. (b) Vel in hunc modum: Si filius meus intra pubertatis annos deceſſerit, tunc in locum partemvé ejus Titius heres eſto. (c)

a) *Inſtitut. de pupill. ſubſtit. in princ. l. 1. §. 1. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* (b) *l. 2. § ſed ſi quinta, l. qui plures 38. §. itaque ff. d. t* (c) *l. coheredi 41. §. ult. ff. eod. tit.*

Eſt & illud hîc notandum, quod per expreſſam ſubſtitutionem pupillarem, etiam mater impuberis excluditur. 61

Cap. 1. §. ult. de teſtament. in 6. l. Papinianus 8. §. ſed nec, ff de inoffic. teſtam. Menoch. *de præſumpt. part. 2. libr. 4. præſumpt. 38. num. 1. & 2.* Eſt enim hæc ſubſtitutio teſtamentum pupilli, quod ei pater fecit, *l 2 in princ. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. & d l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis, ff. de inoffic. teſtament.* Quandiu autem poteſt ex teſtamento impuberis adiri hereditas, tamdiu ab inteſtato non defertur neque matri neque aliis legitimis heredibus, *l. quamdiu 39. ff. de adquir. vel omitt. heredit.* Bertich. *part. 3. pract. concluſ. 10. num. 12. & ſeq.* Sichard. *ad l. precibus. 8. num. 15. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut.* Sed an pater legitimam relinquere teneatur filiis impuberis matri, *vide inf. theſ. 85.* vide etiam Menoch. *lib. 4. præſumpt. præſumpt. 38. num. 3. & ſeqq.*

Tacitè ſubſtituendi pupillariter voluntatem ſuam declarat teſtator, quando ipſam conditionem, ſive caſum pupillarem verbis non exprimit, ſed aliter eundem indicat; ut ſi parens filio impuberi inſtituto in vulgarem caſum ſubſtituat, hoc modo: Si filius meus impubes heres non erit, Titius heres eſto. Hoc enim vulgari caſu expreſſo continetur etiam caſus pupillaris. (a) Siquidem heres heredis, ſit quoque heres teſtatoris. (b) Atque utile ſit pupillo in caſum pupillarem habere ſubſtitutum. (c) 62

a) *l. 2. §. Sed etſi in ſcripſerit, l. 4. in princ. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. l. quamvis 4. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* (b) *l. ultim. C. de hered. inſt. & l. 3. ff. de petit. heredit.* (c) *l. Iulianus 42. in princ. ff. de adquir. vel omitt. hered.*

Sed quæritur, tacita hæc pupillaris ſubſtitutio, in expreſſa vulgari comprehenſa, utrum ex tacita parentis teſtatoris voluntate præſumatur, an verò à lege fingatur? Nos prius affirmantes ſequimur. 63

Per d. l. jam hoc jure. 4. in princ. & §. ult. ibi voluntatis quæſtionem, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. d. l. ult. ibi, voluntatis eſſe quæſtionem, C. de inſtit. & ſubſt. d. l. quamvis 4. ibi, ſi modò non contrariam voluntatem defuncti extitiſſe

visse probetur. C. *de impub. & aliis substitut.* Menoch. *lib. 4. de præsumpt. præsumpt. 35. n. 4.*

64 Si tamen manifesta sit testatoris voluntas, hanc tacitam pupillarem substitutionem non intelligemus sub expressa vulgari factam fuisse. *(a)* Veluti si testator expressè in casum secundum filio impuberi tertium aliquem substituat, hoc modò: *Gajus filius meus impubes heres esto: Si heres non erit, Titius heres esto. Sin heres erit, & intra pubertatem decesserit. Attius heres esto.* Hoc casu procul dubio non Titius, sed Attius Gajo impuberi pupillariter substitutus est. *(b)*

a) Dict. l. 4. in fin. ibi, si voluntas patris non refragetur, ff. de vulg. & pupill. subst. d. l. 4. C. de impub. & aliis subst. (b) *l. cum ex filio 39. §. 1. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Menoch. post alios *dict. lib. 4. præsumpt. 36. num. 19.*

65 Similiter si parens puberem & impuberem filium, vel cum impubere filio extraneum puta uxorem instituat, iisque vulgariter aliquem conjunctim substituat, hoc modo: Si mihi Firmianus, filius meus impubes, & Ælia uxor mea heredes non erunt, in locum eorum P. Firmianus heres esto: sub vulgari hac substitutione expressa, non comprehenditur tacita pupillaris.

l. 4. Cod. de impuber. & aliis subst. & dict. l. 4. §. sed si alter pubes, ff. de vulg. & pupill. subst. l. 6. in pr. C. de testam. militar.

66 Quòd si non conjunctim puberi & impuberi, vel extraneo, sed impuberi separatim aliquis vulgariter substituatur expressè, & puberi vel extraneo suus separatim detur substitutus, tum etiam tacitè impuberi in casum secundum substitutio facta intelligitur.

Arg. d. l. 4. §. sed si alter ff. de vulg. & pupill. subst. & d. l. 4. C. de impub. & aliis substitut. atque hanc sententiam post alios quosdam defendit Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 36. n. 33.*

67 Si quoque testator cum impubere filio, ejus matrem instituat, & impuberi vulgariter substituat, substitutus hic tacitè in pupillarem etiam casum datus non erit.

l. Ult. C. de institut. & substitut. Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 37. n. 4. & seqq.*

68 Cæterum anceps est quæstio, an tacita pupillari substitutione mater excludi videatur, cum filio impuberi coheres data non est? Negatæ opinioni, quæ communis est, subscribere non dubitamus. *(a)* Nisi adsint conjecturæ, quòd testator hoc casu matrem excludere voluerit. *(b)*

a) Per ea, quæ pro hac decisione scribit Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 39. per tot. maxime verum. 26. 27. & 28.* Cujac. *lib. 12. observ. 27.* Fachinæ. *lib. 4.*

Digitized by Google

lib. 4. controv. 40. Trentacinq. *de ſubſt. part. 1. c. 12.* Berlich. *tom. 3. pract. concluſ. 10 num 23.* Tuſchus. *tom. 7. lit. S. concluſ. 805. num. 4.* Diſſentit Donell. in ſingulari explicat. *l. precibus, C. de impub. & alius ſubſtitut. n. 5.* & Ioh. Vaud. *lib. 1. var. quæſt. quæſt. 44.* Ant. Merend. *lib. 3. controv. 40.* Gibcken. *ad l. fin. num. 4. & ſeqq. C. de inſtitut. & ſubſtitut.* Hunn. *var. reſolut. lib. 2. tract. 6. quæſt. 17.* Gomez. *tom. 1. var. reſol. c. 4. num. 8.* (b) Menoch. *d. præſumpt. 37. n. 40. & ſeqq. Item præſumpt. 40. & 56.*

69 Adhæc tacita pupillaris ſubſtitutio eſt, ſi parens filio ſuo impuberi generalibus tantùm verbis ſubſtituat hoc modo: *Gajus filius meus heres eſto: Eique L. Titium ſubſtituo.* Ita enim generaliter ſubſtitutione facta, ſi Gajus impubes ſit, ſubſtitutio quoque pupillaris eſt, licèt pater impuberis nominatim non meminerit, neque ſpecialiter & nominatim in caſum ſecundum filio ſubſtituerit.

l. 2. §. Sed etſi ita ſcripſerit, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. & l. 4. C. de impuber. & aliis ſubſt. Didac. Covarr. *ad c. Raynutius, §. 5. n. 9. extr. de teſtam.* Menoch. *d. l. 4. præſumpt. 34. n. 8.*

70 Denique tacitè fit pupillaris ſubſtitutio hoc modo: *Quandocunque filius meus deceſſerit, Gajus heres eſto.* Etſi enim non ſpecialiter exprimatur pubertatis tempus, ſi tamen filius ille impubes ſit, tempus illud intelligitur.

l. Precibus 8. ibi, vel expreſſa, vel compendio non uſque ad certam ætatem facta reperiantur, C. de impub. & aliis ſubſt. facit *d. l. 2. §. Sed etſi ita ſcripſerit, ff. de vulg. & pupill. ſubſt.*

71 Et quotieſcunque pater paganus filio ſuo impuberi aliquem communibus ſubſtituit verbis, id eſt, quæ directam & fideicommiſſariam ſignificationem habent, toties etiam ea ſubſtitutio pupillarem continet ſubſtitutionem, donec filius ille impubes eſt.

Menoch. *d. lib. 4. præſumpt. 34. ubi vide.*

72 Quòd ſi autem poſt pubertatem decedat filius, cui pater paganus hoc modò ſubſtituit: *Quandocunque filius meus deceſſerit, Gajus heres eſto;* licèt teſtator iſthoc verborum compendio videatur etiam comprehendiſſe tempus, quod pubertatem ſequitur: *(a)* paganus tamen quia fuerit teſtator, ſubſtitutus ad hereditatem filio pubere mortuo non admittitur, ne quidem in vim fideicommiſſi. *(b)*

a) *Dict. l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſt.* (b) Subſtitutio enim, à pagano facta verbis civilibus & directis, non habet poſtea effectum ſubſtitutionis fideicommiſſariæ ſive obliquæ; ſed & pubertate filii omninò finitur, *l. verbis civilibus 7. & l. in pupillari 14. ff. de vulg & pupill. ſubſtit.* Didac. Covarr. *poſt alios ad d. c. Raynutius, §. 9. n. 15. extr. de teſtam.* & Donell. *ad d. l. precibus 8. num. 8, C. de impub. & aliis ſubſtit.* Menoch. *dict.*

dict. libr. 4. præsumpt. 34. num. 5. Vide eundem Menoch. *cod. libr. præsumpt. 15.*

73 Restat ultimus pupillariter substituendi modus, concernens tabulas, in quibus testator hanc substitutionem scribit. Potest pater vel in iisdem tabulis, quibus sibi heredem instituit, substitutionem quoque liberis suis impuberibus pupillarem facere: vel in propriis tabulis pupillariter illis substituere potest, puta in extremis sive inferioribus partibus sui testamenti, proprio lino, propriaque cera obsignatis, quod posterius multò rutius est. Si enim pupillaris substitutio ita secreta sit, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, tollitur metus insidiarum, quas alioqui substitutus vitæ pupilli struere & moliri posset, ut ejus hereditate potiretur.

§. Sin autem quisita fermidolosus sit, & §. seq. Illud palam, Institut. de pupill. subst. Gajus lib. 2. Inst. t. 4. de subst.

74 Quamvis autem parens in extrema testamenti sui pagina liberis suis impuberibus pupillariter substituat, nihilominùs tamen unicum testamentum est patris & liberorum: *(a)* quippe cùm sit pars & sequela paterni testamenti: *(b)* Proindeque utrisque tabulis eadem solemnitas sufficiat, nempe septem testes, & septem sigilla. *(c)* Et una eademque Falcidia ex utraque patris & filii hereditate decerpatur. *(d)*

a) *§. Igitur in pupillari, vers. aut certè unum, Inst. de pupill. substitut. l. 2. §. Prius autem, vers. constat enim, l. patris & filii 20. ff de vulg. & pupill. substit. l. paterfam. 28. ff de reb. author. judic. poss. l. 2. § Illud potest quari. ff. de hered. vel act. vendit.* (b) *§. liberis autem, Institut. de pupill. substitut.* (c) *dict. l. patris & filii 20. in princ. ff. dict. tit.* (d) *l. 1. §. 1. & §§. seqq. ff. Si cui plus, quam per leg. Falc. & l. in ratione 11. §. quod vulgò dicitur, ff. ad leg. Falcid.*

75 Quia tamen patris testamentum, quo filio impuberi substitutio facta est, duarum est cautarum, id est, duarum hereditatum, parentis nempe, & filii; *(a)* idcircò testamenta quodammodo videntur duo, *(b)* & duplicia dicuntur testamenta; *(c)* maximè verò cum pater suo testamento perfecto, alia rutius hora filio testamentum pupillare facit, legitimis testibus adhibitis: quale testamentum non minùs valet, quàm si una cum patris testamento factum fuerit. *(d)*

a) *Dict. §. Igitur, Inst. de vulg. & pupill. subst. & d. l. 2. § prius autem, ibi, licet duæ sint hereditates, ff de vulg. & pupill. subst.* (b) *d. §. Igitur in pupillar. Inst. de pupill. subst.* (c) *l. in duplicibus 79. ff. ad leg. Falcid.* (d) *l. Si quis eum 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit.*

76 Succedit effectus substitutionis pupillaris, qui est, quod impubere antequam ad pubertatis annos pervenerit, mortuo, ejus substitutus

Digitized by Google

tus illius heres efficitur. (a) Ad quem pertinent bona ipſius pupilli non ſolùm ea, quæ is tempore ſubſtitutionis habuit, ſed & quæ poſtea illi obvenerunt, ut quæ vel parens ipſe teſtamento ſuo ei reliquit, & relinquere debuit; Item quæ amicus, vel cognatus ipſi quovis titulo dedit. (b)

a) *Inſtit. de vulg. & pupill. ſubſtitut. in princ.* (b) *l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos. 5. & §. in arrogato 6. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Zaſ. *Tractat. ſubſtitut. c. 2. mihi pag. 231.* Didac. Covarr. *ad d. c. Raynut. §. 5. num. ultim. extr. de teſtam.* vide Menoch. *d. lib. 4. præſumpt. 48. per t.* adde me *ad d. pr. Inſt. n. 55. cum ſeqq.*

Reliquum eſt, ut de ſubſtitutionis pupillaris interitu videamus. In- 77
terit & expirat hæc ſubſtitutio pubertate pupilli. Factus enim pubes pupillus, evaneſcit hæc ſubſtitutio.

§. Qua ratione. in fin. & §. maſculo igitur, Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. l. verbis civilibus 7. l. in pupillari 14. l. Ex facto 43. in pr. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. latè Cœpen. *lib. 1. obſ. 143.*

Et licèt teſtator ſubſtituendo pupillariter exceſſerit pupilli ætatem, 78
nec tamen jure fideicommiſſi poſt pubertatem ſubſtitutio valet.

Per text. ad proximam Theſin adſcriptos, & ſentit ita Durar. *ad d. t. ff. c. 16. in princ.* Cujac. *lib. 11. obſerv. c. 25.* Gilcken. *ad l. 5. num. 31. & ſeqq. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* Anton. Faber. *lib. 15. conjectur. c. 12.* & Donell. *ad l. precibus, num. 8. C. & impuber. & aliis ſubſtitut.* Idem tamen Donell. diſſentit *lib. 6. Comment c. 5. pag. 89. verſ. Amplius*, ubi ſcribit, quòd poſt pubertatem hæc directa pupillaris ſubſtitutio jure fideicommiſſi valeat, *per l. Scævola 76. ff. de SCto Trebell.* Chiflet. *lib. 2. de jure fideicommiſſ. c. 19.*

Quòd ſi teſtator intra minorem quam pubertatis ætatem ſubſti- 79
tutionem pupillarem incluſerit, ut ſi uſque ad annos octo, vel decem impuberi filio ſubſtituerit, elapſo eo tempore evaneſcit hæc ſubſtitutio.

l. Si ita quis 21. & l. Ex facto 43. §. Item quæro. 1. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. Zaſius *in tract. de ſubſtit. cap. 2. in fin.*

Adhæc evaneſcit hæc ſubſtitutio, ſi parentis teſtatoris hereditas ex 80
ejus teſtamento adita non fuerit, (a) aut ſi ejus teſtamentum non valeat, (b) aut ſi illud infirmetur. (c)

a) *l. Sed ſi plures 10 §. Si ex aſſe heres, ff. d. tit.* (b) *§. liberis autem, §. adeo ut ſi patris, Inſtit. de pupillar. ſubſtitut.* (c) *l. Si quis eum 16. §. Si ſuo teſtamento, verſ. Nam etſi ſibi, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Zaſ. *Tractat. ſubſtitut. cap. 2. in fin.* Quibus autem modis teſtamentum infirmetur docet *tit. Inſtit. Quib. mod. teſtam. infir.*

Digitized by Google

81 Sed si filius famil. à patre institutus, ac substitutus pupillariter fratri suo impuberi, abstineat paterna hereditate, quæritur an evanescat substitutio pupillaris, ut ex ea impuberis hereditas adiri non possit? Negativa nobis probatur.

Per l. si filius, 12. ff. de vulgar. & pupill. substit. l. paterfamil. 28 ff de reb. auth. jud. poss. l. Filius 41. & l seq. ff. de adquir. vel omitt hered. suus enim heres per abstinentiam non definit esse suus heres, *l. cum quidam 30. §. suum hæredem. 6. ff hoc tit. de adquirend hæredit.* Donell. *lib 6. Commentar. pag. 91. & libr. 7. Commentar. cap. 2. pag. 121.* At dissentit Anton. Faber *lib. 2. conjectur. cap. 2.*

82 Præterito tamen emancipato filio, licèt per bonorum possessionem contra tabulas rescindatur patris testamentum, *(a)* substitutio tamen pupillaris nihilominus valet. *(b)*

a) *§. Emancipatos liberos? instit. de exheredat. liber. l. non putavit 8. §. ultim. ff. de bonor. poss. contra tab. l. ut liberis 17. Cod. de collat.* (b) *l. Ex duobus 34. §. ult. ff. de vulg. & pupill substitut.* Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 25. & ad l. precibus. 8. n. 3. C. de impub. & aliis substitut.*

83 Quamvis item querela inofficiosi testamenti evertatur patris testamentum, hodie tamen pupillaris substitutio salva manet.

Novell. 115. cap 3. §. Si verò contigerit, ibi, vel quælibet alia capitula, & Authent. Ex causa, Cod. de liber. præter. Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 25. pag 91.*

84 Denique expirat pupillaris substitutio, si impubes, cui hæc substitutio facta est adoptetur, vel arrogetur ab aliquo.

l. Nec ei permittitur 17. §. Eorum duntaxat. ff. de adoptionib.

85 Cæterùm hîc dubia exoritur quæstio, possitne mater in tabulis filii pupillaribus præterita, querelam inofficiosi contra pupillares tabulas movere, atque evertere testamentum filii? Et quòd non possit, authoritas juris nostri arguit.

l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis ff. de inoffic. testam cap. 1. §. ult. tit. de testament. in 6. Obstare videtur. *l. humanitatis. 9. Cod. de impub. & aliis substitut.* vide Menoch. *dict. lib. 4. præsumpt. 38. n. 16. & seqq.* adde Hartman. Pistor. *obs. 30.* Cæval. *commun. opin. quæst. 69.*

86 Sua tamen legitima mater tabulis pupillaribus privari non potest, *(a)* sed eam alio juris remedio consequi ipsa potest, condictione scilicet ex lege, *(b)* vel utili famil. erciscundæ actione. *(c)*

a) *Per text. in l. omnimodo 30. & l. quoniam 32. C. de inoffic. testament. Novell. 1. in princ. vers. primum itaque. Novell. 18. cap. 1. vers. hoc observando in omnibus personis, & Novell. 123 cap. 19. h. Presbyteros & Auth. Presbyteros & Diaconos. C. de Episcop. & Cleric.* Ex quibus locis cognoscimus, quòd

Digitized by Google

quòd legis beneficio ex bonis liberorum parentibus legitima debetur. Quocirca etiam cùm pater tabulas pupillares filio impuberi fecit, Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 38. num. 8.* Non tolùm jure civili, sed & Canonico jure. Hoc enim jure civilis constitutio expressè correcta non est, unde adhuc ea vigere existimari debet *per l. præcipimus, in fin C. de appellat.* Dissentit Menoch. *dict. præsumpt. 38. num. 27. 30. & seqq. per dict c. 1. §. ult. de testam. in 6.* At ea canonica sanctio intelligenda est juxta *d. l. Papin. 8. §. sed nec impuberi, ff. de inoffic. testam.* sicuti subjecta utrobique ratio id abundè arguit. (b) Quoties enim lege debitum, & obligatio aliqua introducitur, nec simul eadem lege cavetur, quo actionis genere debitum illud peti possit; ex lege agendum est, *l. un. ff. de condict. ex lege.* Menochius *dict. lib. 4. præsumpt. 38. num. 16.* ubi alios in hanc sententiam allegat, qui volunt, quòd & hoc casu mater condictione ex lege petere suam legitimam ex bonis filii impuberis possit. (c) *argument. l. 2. §. 1. ff. famil. ercisc.*

Et tantum etiam de pupillari substitutione. Quasi pupillaris substi- 87
tutio est, qua parens sibi testamentum faciens, liberis suis mente captis legitima portione ipsis relictâ, heredes instituit.

§. Qua ratione. Instit. de pupillar. substitut. & l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis substitut. Vide Zasium *in tract. de substitut. cap. 3. de exemplar. substitut.*

Non solùm autem parens, in cujus potestate est mente captus filius, 88
sed & mater item avia quasi pupillariter substituere potest.

Per dict. l. humanitatis, 9. ibi, non liceat parenti, qui vel quæ testatur. Item ibi, testatori vel testatrici. C. de impub. & aliis substitut.

Quòd si tamen plures sunt parentes, qui substituere liberis suis 89
mente captis velint, tunc patris, in cujus potestate liberi illi sunt, præferri judicium debet.

Naturale enim & civile jus, quæ in hoc patre concurrunt, prævalere naturali tantùm juri debent, *arg. §. sed hodie, 2. Instit. de adopt. & l. pen. §. si verò pater naturalis. C. d. t.* Donell. *lib. 6. Comment. de jur. civil. cap. 27. fol. 98.* Ego *ad §. 1. Instit. de pupill substit. num. 6.*

Si pares sint ratione potestatis parentes, Iudicis arbitrio reliqui- 90
tur, cujus judicium præferri debeat.

Argum. l. 2. §. objicitur. ff. ad Senatusconsultum Trebellian. Donell. *lib 6. Comment. dict. cap. 27. pag. 98.*

Matri tamen, quæ vitricum liberis induxit, non permittitur, quasi 91
pupillariter substituere.

Huic enim matri denegata est administratio bonorum, quæ ad liberos pertinent. *l. lex quæ 22. §. pen. C. de administrat. tutor. & l. 1. C. ubi*

Digitized by Google

pupill. educ deb. proindeque substituere quasi pupillariter liberis suis mente captis non potest. Zas. post alios *in tractat. substit cap. 3.* & Donell. *d. lib. 6 cap. 27. Commentar. jur. civil.* Coras. *ad l. humanitatis 9. numer. 6. C. d. impuber. & aliis substitut.* Vide tamen Oddum *de substit. compend. in prelud. part. 4. quæst. 6* Trentacinq. *d. substit. part. 3. cap. 3. numer. 3.* Gomez. *tom. 1, var. resolut cap. 6. num. 9.* Petrus Gregor. Tholosan. *in Syntagm lib. 42 cap. 24 num. 7.*

92 Per mente captos liberos intelligimus etiam hic furiosos, *(a)* & prodigos *(b)* liberos.

a) Furiosi & mente capti opponuntur quidem *in l. si furiosi 25 C. de nupt. & §. furiosi, & seq. Institut. de curatoribus*: At per mente captum significari quoque furiosum *in dict. §. quarationc, Institut. de pupill. substitut. & in l. humanitatis 9. Cod. de impub. & aliis substitut.* vel ex eo patet, quòd majus est malum furor, quàm mentis privatio simplex: quodque aliàs idem jus de furioso, & mente capto statutum scimus, (b) *per l. hi qui 12. §. ultim ff. de tutoribus & curat. datis ab his. l 1. vers. curatorem ei dari.* Zasius *Tractat. substitut. cap. 3.* Didacus Covarruv. *ad dict. c. Raynutius, §. 6. num. 1. ext. de testament.* Duarenus *ad Tit. ff. de vulgar. & pupill. substitut. cap. 19. in fin.* & Donellus *lib. 6. Commentar. cap. 27. pag. 98. in princip.* Sed an filio naturali tantum, qui furiosus est, mentevè captus, pater quasi pupillariter substituere possit. Affirmant Gomez. *tom. 1. var. resolut. cap. 6.* Intrigliol. *d. substit. cent. 2. quæst. 97. num. 7. & seqq.* Coras. *num. 7.* Gilken. *num. 6. ad l. 9. C. de impub. & alius substitut.* Negant Zasius *ad l. ex facto 43. ff. de vulg. & pupill substit. num. 28. & de substit. cap 3. d. substit. exempl. num. 4.* Simon de Prætis *de interpr. ultim. volunt. interpr. 2. dubitat. 1. solut. 7. num. 10. & 11.* Trentacinq. *de substit. part. 3. cap. 4. num. 12.* Quidam tamen dubitant an sicuti parentes liberis, sic è contrario liberi parentibus mente captis quasi pupillariter substituere possint. Et Negatur. *per l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis substit.* ubi Coras. *num. 12.* Intriglioli *de substitut. cent. 2. quæst. 98.* Gomez. *tom. 1. var. resolut. cap. 6. num. 10.*

93 Sed an idem etiam de mutis, surdis dicendum sit, quæritur? Plerique ita quidem volunt: *(a)* sed Donellus *(b)* id nobis rectè negare videtur. *(c)*

a) Zas. *dict. Tractat. substitut. cap. 3.* Didac. Covarruv. *ad dict. c. Raynutius, §. 6. num. 1. ext. de testament.* & Duaren. *ad tit. ff. de vulgar. & pupill. substitut. cap. 19.* (b) *libr. 6. Commentar. cap. 27. pag. 98.* Intrigliol. *dict. cent. 2. quæst. 16. & 17.* Trentacinq. *dict. part. 3. cap. 4. num. 7.* Gregor. *dict. libr. 42. cap. 24. num. 15.* (c) Cùm enim jure singulari, & speciali constitutione Iustinianea permissum sit parentibus, quasi pupilla-

pillariter ſubſtituere liberis ſuis mente captis: quippe cùm hanc poteſtatem priùs non habuerint, ut arguit *l. ex facto 43. in princ. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Certè hoc jus ad conſequentias produci non debet, *per l. quod verò 14. l. in his 15. & l. jus ſingulare 16. ff. de legibus* maximè cum lege 12. tabul. de ſuis tantum bonis teſtari quis jubeatur, non de alienis *l. verbis 120. ff. de verbor. ſignif. & l. teſtandi 13. C. de Teſtament.* Facit huc, quòd ea, quæ novalege comprehenſa non ſunt, relicta intelliguntur regulis juris antiqui. *l. præcipimus, in fin. C. de appellat.* Iure tamen Württembergico permittitur parentibus etiam liberis ſuis mutis ſurdis ſubſtituere, Landtrecht das Alt / *part. 3. Tit.* Wie *ſubſtitutiones* oder nach Erbſatzung geſchehen mögen / *pag. 285. verſ.* Es were dann; das New *part. 3. tit. 12. cap. Exemplaris ſubſtitutio.* Sequitur Vaſquius *lib. 1. illuſtr. controverſ. cap. 37. num. 6.* Forſter. *lib. 2. diſput. 13. theſ. 11.* Hunn. *libr. 2. variat. reſolut. tract. 6. quæſt. 20.*

Vocatur in quæſtionem & illud, poſſitné pater filio ſuo mente ca- 94
pto exheredato in ſecundum caſum ſubſtituere? nobis affirmantium ſententia placet.

Nam hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis introducta eſt, *§. qua ratione, ibi, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, Inſtitut. de pupillar. ſubſtit.* Quæ pupillaris ſubſtitutio etiam exheredato filio fieri poſſit, *§. non ſolùm autem, Inſtit. dict. tit. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos, ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Huc quoque confert, quòd exheredationis illius pœna hæc tantùm eſt, quòd parentis teſtamentum querelæ inofficioſi ſubjacet, uti verbis expreſſis arguit *d. l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* Atque hanc ſententiam, amplectuntur Didac. Covarruv. *ad dict. c. Raynutius, § 6. num. 2. extr. de teſtament. &* Duaren. *ad tit. ff. de vulgar & pupillar ſubſtitut. cap. 20.* vide me *ad tit. Inſtit. d. pupillar. ſubſtit. num. 21.* diſſentit præter alios Donell. *lib. 6. Commentar. cap. 27. pag. 99.* & pro ejus opinione facere videtur *d. l. humanitatis 9. ibi, legitimâ portione relictâ. C. de impuber. & aliis ſubſtitution.* ſed cùm exheredationis illius pœna conſtituatur in eadem lege in officioſi querela: certè pœna illius non eſt ſubſtitutionis nullitas, per ea quæ idem Donell. *Auth. Non licet, num 5. ſub fin. Cod. de liber. præter. vel exheyed. & lib. 6. Commentar. cap. 13. pag. 31. tradit.* Michael Graff. *lib. 1. recept. ſentent. §. ſubſtitutio. quæſt. 40. num. 5.* Hunn. *dict. lib. 2. variat. reſolut. tract. 6. quæſt. 22.*

Sed an tota legitima relinquenda ſit liberis mente captis, ut ceſſet 95
querela inofficioſi, an verò ſatis ſit, ut pars legitimæ illis relinquatur in dubium vocatur? Nos illis, qui prius affirmant, adſtipulamur.

Nova enim conſtitutio Iuſtiniani *in d. l. humanitatis 9. C. de impub.*

tisse probetur. C. de impub. & aliis substitut. Menoch. *lib. 4. de præsumpt. præsumpt. 35. n. 4.*

64 Si tamen manifesta sit testatoris voluntas, hanc tacitam pupillarem substitutionem non intelligemus sub expressa vulgari factam fuisse. *(a)* Veluti si testator expressè in casum secundum filio impuberi tertium aliquem substituat, hoc modò: *Gajus filius meus impubes heres esto: Si heres non erit, Titius heres esto. Sin heres erit, & intra pubertatem decesserit. Attius heres esto.* Hoc casu procul dubio non Titius, sed Attius Gajo impuberi pupillariter substitutus est. *(b)*

a) *Dict. l. 4. in fin. ibi, si voluntas patris non refragetur, ff. de vulg. & pupill. subst. d. l. 4. C. de impub. & aliis subst.* (b) *l. cum ex filio 39. §. 1. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Menoch. post alios *dict. lib. 4. præsumpt. 36. num. 17.*

65 Similiter si parens puberem & impuberem filium, vel cum impubere filio extraneum, puta uxorem instituat, illique vulgariter aliquem conjunctim substituat, hoc modo: Si mihi Firmianus, filius meus impubes, & Ælia uxor mea heredes non erunt, in locum eorum P. Firmianus heres esto: sub vulgari hac substitutione expressa, non comprehenditur tacita pupillaris.

l. 4. Cod. de impuber. & aliis subst. & dict. l. 4. §. sed si alter pubes, ff. de vulg. & pupill. subst. l. 6. in pr. C. de testam. militar.

66 Quòd si non conjunctim puberi & impuberi, vel extraneo, sed impuberi separatim aliquis vulgariter substituatur expressè, & puberi vel extraneo suus separatim detur substitutus, tum etiam tacitè impuberi in casum secundum substitutio facta intelligitur.

Arg. d. l. 4. §. sed si alter ff de vulg. & pupill. subst. & d. l. 4. C. de impub. & aliis substitut. atque hanc sententiam post alios quosdam defendit Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 36. n. 35.*

67 Si quoque testator cum impubere filio, ejus matrem instituat, & impuberi vulgariter substituat, substitutus hic tacitè in pupillarem etiam casum datus non erit.

l. Ult. C. de institut. & substitut. Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 37. n. 4. & seqq.*

68 Cæterùm anceps est quæstio, an tacita pupillari substitutione mater excludi videatur, cum filio impuberi coneres data non est? Negatæ opinioni, quæ communis est, subscribere non dubitamus. *(a)* Nisi adsint conjecturæ, quòd testator hoc casu matrem excludere voluerit. *(b)*

a) Per ea, quæ pro hac decisione scribit Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 39. per tot. maxime versum. 26. 27. & 28.* Cujac. *lib. 12. observ. 27.* Fachinæ. *lib. 4.*

Digitized by

lib. 4. controv. 40. Trentacinq. *de ſubſt. part. 1. c. 12.* Berlich. *tom. 3. pract. concluſ. 10 num 23.* Tuſchus. *tom. 7. lit. S. concluſ. 805. num. 4.* Diſſentit Donell. in ſingulari explicat. *l. precibus, C. de impub. & aliis ſubſtitut. n. 5.* & Ioh. Vaud. *lib. 1. var. quæſt. quæſt. 44.* Ant. Merend. *lib. 3. controv. 40.* Gibken. *ad l. fin. num. 4. & ſeqq. C. de inſtitut. & ſubſtitut.* Hunn. *var. reſolut. lib. 2. tract. 6. quæſt. 17.* Gomez. *tom. 1. var. reſol. c. 4. num. 8.* (b) Menoch. *d. præſumpt. 37. n. 40. & ſeqq. Item præſumpt. 40. & 56.*

Adhæc tacita pupillaris ſubſtitutio eſt, ſi parens filio ſuo impuberi 69
generalibus tantùm verbis ſubſtituat hoc modo: *Gajus filius meus heres eſto: Eique L. Titium ſubſtituo.* Ita enim generaliter ſubſtitutione facta, ſi Gajus impubes ſit, ſubſtitutio quoque pupillaris eſt, licèt pater impuberis nominatim non meminerit, neque ſpecialiter & nominatim in caſum ſecundum filio ſubſtituerit.

l. 2. §. Sed etſi ita ſcripſerit, ff. de vulg. & pupill. ſubſt. & l. 4. C. de impuber. & aliis ſubſt. Didac. Covarr. *ad c. Raynutius, §. 5. n. 4. extr. de teſtam.* Menoch. *d. l. 4. præſumpt. 34. n. 8.*

Denique tacitè fit pupillaris ſubſtitutio hoc modo: *Quandocunq; 70*
filius meus deceſſerit, Gajus heres eſto. Etſi enim non ſpecialiter exprimatur pubertatis tempus, ſi tamen filius ille impubes ſit, tempus illud intelligitur.

l. Precibus 8. ibi, vel expreſſa, vel compendio non uſque ad certam ætatem facta reperiatur, C. de impub. & aliis ſubſt. facit *d. l. 2. §. Sed etſi ita ſcripſerit, ff. de vulg. & pupill. ſubſt.*

Et quotieſcunque pater paganus filio ſuo impuberi aliquem com- 71
munibus ſubſtituit verbis, id eſt, quæ directam & fideicommiſſariam ſignificationem habent, toties etiam ea ſubſtitutio pupillarem continet ſubſtitutionem, donec filius ille impubes eſt.

Menoch. *d. lib. 4. præſumpt. 54. ubi vide.*

Quòd ſi autem poſt pubertatem decedat filius, cui pater paganus 72
hoc modò ſubſtituit: *Quandocunque filius meus deceſſerit, Gajus heres eſto;* licèt teſtator iſthoc verborum compendio videatur etiam comprehendiſſe tempus, quod pubertatem ſequitur: *(a)* paganus tamen quia fuerit teſtator, ſubſtitutus ad hereditatem filio pubere mortuo non admittitur, ne quidem in vim fideicommiſſi. *(b)*

a) *Dict. l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſt.* (b) Subſtitutio enim, à pagano facta verbis civilibus & directis, non habet poſtea effectum ſubſtitutionis fideicommiſſariæ ſive obliquæ; ſed & pubertate filii omninò finitur, *l. verbis civilibus 7. & l. in pupillari 14. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Didac. Covarr. *poſt alios ad d. c. Raynutius, §. 9. n. 15. extr. de teſtam.* & Donell. *ad d. l. precibus 8. num. 8, C. de impub. & aliis ſubſtit.* Menoch. *dict.*

dict. libr. 4. præsumpt. 34. num. 5. Vide eundem Menoch. *cod. libr. præsumpt. 55.*

73 Restat ultimus pupillariter substituendi modus, concernens tabulas, in quibus testator hanc substitutionem scribit. Potest pater vel in iisdem tabulis, quibus sibi heredem instituit, substitutionem quoque liberis suis impuberibus pupillarem facere: vel in propriis tabulis pupillariter illis substituere potest, puta in extremis sive interioribus partibus sui testamenti, proprio lino, propriaque cera obsignatis, quod posterius multò tutius est. Si enim pupillaris substitutio ita secreta sit, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, tollitur metus insidiarum, quas alioqui substitutus vitæ pupilli struere & moliri posset, ut ejus hereditate potiretur.

§. Sin autem quisita fermidolosus sit, & §. seq. Illud palam, Instit. de pupill. subst. Gaju lib. 2. Inst. t. 4. de subst.

74 Quamvis autem parens in extrema testamenti sui pagina liberis suis impuberibus pupillariter substituat, nihilominùs tamen unicum testamentum est patris & liberorum: *(a)* quippe cùm sit pars & sequela paterni testamenti: *(b)* Proindeque utrique tabulis eadem solemnitas inficiat, nempe septem testes, & septem sigilla. *(c)* Et una eademque Falcidia ex utraque patris & filii hereditate decerpatur. *(d)*

a) *§. Igitur in pupillari, vers. aut certè unum, Inst. de pupill. substitut. l. 2. §. Prius autem, vers. constat enim, l. patris & filii 20. ff de vulg. & pupill. substit. l. paterfam. 28. ff de reb. author. judic. poss. l. 2. § Illud potest quæri. ff. de hered. vel act. vendit.* (b) *§. liberis autem, Instirut. de pupill. substitut.* (c) *dict. l. patris & filii 20. in princ. ff. dict. tit.* (d) *l. 1. §. 1. & §§. seqq. ff. Si cui plus, quam per leg. Falc. & l. in ratione 11. §. quod vulgò dicitur, ff. ad leg. Falcid.*

75 Quia tamen patris testamentum, quo filio impuberi substitutio facta est, duarum est causarum, id est, duarum hereditatum, parentis nempe, & filii; *(a)* idcircò testamenta quodammodo videntur duo, *(b)* & duplicia dicuntur testamenta; *(c)* maximè verò cum pater suo testamento perfecto, alia rursus hora filio testamentum pupillare facit, legitimis testibus adhibitis: quale testamentum non minùs valet, quàm si una cum patris testamento factum fuerit. *(d)*

a) *Dict. §. Igitur, Inst. de vulg. & pupill. subst. & d. l. 2. § prius autem, ibi, licet duæ sint hereditates, ff de vulg. & pupill. subst.* (b) *d. §. Igitur in pupillar. Inst. de pupill. subst.* (c) *l. in duplicibus 79. ff. ad leg. Falcid.* (d) *l. Si quis cum 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substit.*

76 Succedit effectus substitutionis pupillaris, qui est, quod impubere antequam ad pubertatis annos pervenerit, mortuo, ejus substitutus

tus

tus illius heres efficitur. (a) Ad quem pertinent bona ipſius pupilli non ſolùm ea, quæ is tempore ſubſtitutionis habuit, ſed & quæ poſtea illi obvenerunt; ut quæ vel parens ipſe teſtamento ſuo ei reliquit, & relinquere debuit; Item quæ amicus, vel cognatus ipſi quovis titulo dedit. (b)

a) *Inſtit. de vulg. & pupill. ſubſtitut. in princ.* (b) *l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos. 5. & §. in arrogato 6. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Zaſ. *Tractat. ſubſtitut. c. 2. mihi pag. 231.* Didac. Covarr. *ad d. c. Raynut. §. 5. num. ultim. extr. de teſtam.* vide Menoch. *d. lib. 4. præſumpt. 48. per t.* adde me *ad d. pr. Inſt. n. 55. cum ſeqq.*

Reliquum eſt, ut de ſubſtitutionis pupillaris interitu videamus. In- 77
terit & expirat hæc ſubſtitutio pubertate pupilli. Factus enim pubes pupillus, evaneſcit hæc ſubſtitutio.

§. Qua ratione. in fin. & §. maſculo igitur, Inſtitut. de pupill. ſubſtitut. l. verbis civilibus 7. l. in pupillari 14. l. Ex facto 43. in pr. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. latè Cœpen. *lib. 1. obſ. 143.*

Et licèt teſtator ſubſtituendo pupillariter exceſſerit pupilli ætatem, 78
nec tamen jure fideicommiſſi poſt pubertatem ſubſtitutio valet.

Per text. ad proximam Theſin adſcriptos, & ſentit ita Duar. *ad d. l. ff. c. 16. in princ.* Cujac. *lib. 11. obſerv. c. 25.* Gilcken. *ad l. 5. num. 31. & ſeqq. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* Anton. Faber. *lib. 15. conjectur. c. 12.* & Donell. *ad l. precibus, num. 8. C. & impuber. & alis ſubſtitut.* Idem tamen Donell. diſſentit *lib. 6. Comment c. 5. pag. 89. verſ. Amplius*, ubi ſcribit, quòd poſt pubertatem hæc directa pupillaris ſubſtitutio jure fideicommiſſi valeat, *per l. Scævola 76. ff. de SCto Trebell.* Chiflet. *lib. 2. de jure fideicommiſſ. c. 19.*

Quòd ſi teſtator intra minorem quam pubertatis ætatem ſubſti- 79
tutionem pupillarem incluſerit, ut ſi uſque ad annos octo, vel decem impuberi filio ſubſtituerit, elapſo eo tempore evaneſcit hæc ſubſtitutio.

l. Si ita quis 21. & l. Ex facto 43. §. Item quæro. 1. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit. Zaſius *in tract. de ſubſtit. cap. 2. in fin.*

Adhæc evaneſcit hæc ſubſtitutio, ſi parentis teſtatoris hereditas ex 80
ejus teſtamento adita non fuerit, (a) aut ſi ejus teſtamentum non valeat, (b) aut ſi illud infirmetur. (c)

a) *l. Sed ſi plures 10 §. Si ex aſſe heres, ff. d. tit.* (b) *§. liberis autem, §. adeo ut ſi patris, Inſtit. de pupillar. ſubſtitut.* (c) *l. Si quis eum 16. §. Si ſuo teſtamento, verſ. Nam etſi ſibi, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Zaſ. *Tractat. ſubſtitut. cap. 2. in fin.* Quibus autem modis teſtamentum infirmetur docet *tit. Inſtit. Quib. mod. teſtam. infir.*

Digitized by Google

81 Sed si filius famil. à patre institutus, ac substitutus pupillariter fratri suo impuberi, abstineat paterna hereditate, quæritur an evanescat substitutio pupillaris, ut ex ea impuberis hereditas adiri non possit? Negativa nobis probatur.

Per l. si filius, 12. ff. de vulgar. & pupill. substit. l. paterfamil. 28 ff de reb. auth. jud. poss. l. Filius 41. & l seq. ff. de adquir. vel omitt hered. Suus enim heres per abstinentiam non definit esse suus heres, *l. cum quidam 30. §. suum hæredem. 6. ff hoc tit. de adquirend hæredit.* Donell. *lib 6. Commentar. pag. 91. & libr 7. Commentar. cap. 2. pag. 121.* At dissentit Anton. Faber *lib. 2. conjectur. cap. 2.*

82 Præterito tamen emancipato filio, licèt per bonorum possessionem contra tabulas rescindatur patris testamentum, *(a)* substitutio tamen pupillaris nihilominus valet. *(b)*

a) *§. Emancipatos liberos? instit. de exheredat. liber. l. non putavit 8. §. ultim. ff. de bonor. poss. contra tab. l. ut liberis 17. Cod. de collat.* (b) *l. Ex duobus 34. §. ult. ff. de vulg. & pupill substitut.* Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 25. & ad l. precibus. 8. n. 3. C. de impub. & aliis substitut.*

83 Quamvis item querela inofficiosi testamenti evertatur patris testamentum, hodie tamen pupillaris substitutio salva manet.

Novell. 115. cap 3. §. Si verò contigerit, ibi, vel quælibet alia capitula, & Authent. Ex causa, Cod. de liber. præter. Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 25. pag 91.*

84 Denique expirat pupillaris substitutio, si impubes, cui hæc substitutio facta est adoptetur, vel arrogetur ab aliquo.

l. Nec ei permitteretur 17. §. Eorum duntaxat. ff. de adoptionib.

85 Cæterùm hic dubia exoritur quæstio, possitne mater in tabulis filii pupillaribus prætenta, querelam inofficiosi contra pupillares tabulas movere, atque evertere testamentum filii? Et quòd non possit, authoritas juris nostri arguit.

l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis ff. de inoffic. testam cap. 1. §. ult. tit. de testament. in 6. Obstare videtur. *l. humanitatis. 9. Cod. de impub. & aliis substitut.* vide Menoch. *dict. lib 4. præsumpt. 38. n. 16. & seqq.* adde Hartman. Pistor. *obs. 30.* Cævall. *commun. opin. quæst. 69.*

86 Sua tamen legitima mater tabulis pupillaribus privari non potest, *(a)* sed eam alio juris remedio consequi ipsa potest, condictione scilicet ex lege, *(b)* vel utili famil. erciscundæ actione. *(c)*

a) *Per text. in l. omnimodo 30. & l. quoniam 32. C. de inoffic testament. Novell. 1. in princ. vers. primum itaque. Novell. 18. cap. 1. vers. hoc observando in omnibus personis, & Novell 123 cap. 19. l. Presbyteros & Auth. Presbyteros & Diaconos. C. de Episcop. & Cleric.* Ex quibus locis cognoscimus, quòd

quòd legis beneficio ex bonis liberorum parentibus legitima debetur. Quocirca etiam cùm pater tabulas pupillares filiò impuberi fecit, Menoch. *d. lib. 4. præsumpt. 38. num. 8.* Non tolùm jure civili, sed & Canonico jure. Hoc enim jure civilis constitutio expressè correcta non est, unde adhuc ea vigere existimari debet *per l. præcipimus, in fin C. de appellat.* Dissentit Menoch. *dict. præsumpt. 38. num. 27. 30. & seqq. per dict c. 1. §. ult. de testam. in 6.* At ea canonica sanctio intelligenda est juxta *d. l. Papin. 8. § sed nec impuberis, ff. de inoffic. testam.* sicuti subjecta utrobique ratio id abundè arguit. (b) Quoties enim lege debitum, & obligatio aliqua introducitur, nec simul eadem lege cavetur, quo actionis genere debitum illud peti possit; ex lege agendum est, *l. un. ff. de condict. ex lege.* Menochius *dict. lib. 4. præsumpt. 38. num. 16.* ubi alios in hanc sententiam allegat, qui volunt, quòd & hoc casu mater condictione ex lege petere suam legitimam ex bonis filii impuberis possit. (c) *argument. l. 2. §. 1. ff. famil. ercisc.*

Et tantum etiam de pupillari substitutione. Quasi pupillaris substi- 87
tutio est, qua parens sibi testamentum faciens, liberis suis mente captis legitima portione ipsis relictâ, heredes instituit.

§. Qua ratione. Instit. de pupillar. substitut. & l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis substitut. Vide Zasium *in tract. de substitut. cap. 3. de exemplar. substitut.*

Non solùm autem parens, in cujus potestate est mente captus filius, 88
sed & mater item avia quasi pupillariter substituere potest.

Per dict. l. humanitatis, 9. ibi, non liceat parenti, qui vel quæ testatur. Item ibi, testatori vel testatrici. C. de impub. & aliis substitut.

Quòd si tamen plures sunt parentes, qui substituere liberis suis 89
mente captis velint, tunc patris, in cujus potestate liberi illi sunt, præferri judicium debet.

Naturale enim & civile jus, quæ in hoc patre concurrunt, prævalere naturali tantùm juri debent, *arg. §. sed hodie, 2. Instit. de adopt. & l. pen. § si verò pater naturalis. C. d. t.* Donell. *lib. 6. Comment. de jur. civil. cap. 27. fol. 98.* Ego *ad §. 1. Instit. de pupill. substit. num. 6.*

Si pares sint ratione potestatis parentes, Iudicis arbitrio reliqui- 90
tur, cujus judicium præferri debeat.

Argum. l. 2. §. objicitur. ff. ad Senatusconsultum Trebellian. Donell. *lib 6. Comment. dict. cap. 27. pag. 98.*

Matri tamen, quæ vitricum liberis induxit, non permittitur, quasi 91
pupillariter substituere.

Huic enim matri denegata est administratio bonorum, quæ ad liberos pertinent. *l. lex quæ 22. §. pen. C. de administrat. tutor. & l. 1. C. ubi*

Digitized by Google

pupill. educ deb. proindeque substituere quasi pupillariter liberis suis mente captis non potest. Zas. post alios *in tractat. substit cap. 3.* & Donell. *d. lib 6 cap. 27. Commentar. jur. civil.* Coras. *ad l. humanitatis 9. numer. 6. C. d impuber. & alie substitut.* Vide tamen Oddum *de substit. compend. in prælud. part. 4. quæst. 6* Trentacinq. *de substit. part. 3. cap. 3. numer. 3.* Gomez. *tom. 1. var. resolut cap. 6. num. 9.* Petrus Gregor. Tholosan. *in Syntagm lib. 42 cap. 24 num. 7.*

92 Per mente captos liberos intelligimus etiam hic furiosos, *(a)* & prodigos *(b)* liberos.

a) Furiosi & mente capti opponuntur quidem *in l. si furiosi 25 C. de nupt. & §. furiosi, & seq. Institut. de curatoribus*: At per mente captum significari quoque furiosum *in dict. §. quaratione, Institut. de pupill. substitut. & in l. humanitatis 9. Cod. de impub. & aliis substitut.* vel ex eo patet, quòd majus est malum furor, quàm mentis privatio simplex: quodque aliàs idem jus de furioso, & mente capto statutum scimus. (b) *per l. hi, qui 12. §. ultim ff. de tutoribus & curat. datis ab hi. l. 1. vers. curatorem ei dari.* Zasius *Tractat. substitut. cap. 3.* Didacus Covarruv. *ad dict. c. Raynutius, §. 6. num. 1. ext. de testament.* Duarenus *ad Tit. ff. de vulgar. & pupill. substitut. cap. 19. in fin.* & Donellus *lib. 6. Commentar. cap. 27. pag. 98. in princip.* Sed an filio naturali tantum, qui furiosus est, mentevé captus, pater quasi pupillariter substituere possit. Affirmant Gomez. *tom. 1. var. resolut. cap. 6.* Intrigliol. *d. substit. cent. 2. quæst. 97. num. 7. & seqq.* Coras. *num. 7.* Gilken. *num. 6. ad l. 9. C. de impub. & alius substitut.* Negant Zasius *ad l. ex facto 43. ff. de vulg. & pupill substit. num. 28. & de substit. cap 3. d. substit. exempl. num. 4.* Simon de Prætis. *de interpr. ultim. volunt, interpr. 2. dubitat. 1. solut. 7. num. 10. & 11.* Trentacinq. *de substit. part. 3. cap. 4. num. 12.* Quidam tamen dubitant an sicuti parentes liberis, sic è contrario liberi parentibus mente captis quasi pupillariter substituere possint. Et Negatur. *per l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis substit.* ubi Coras. *num. 12.* Intrigliol. *de substitut. cent. 2. quæst. 98.* Gomez. *tom. 1. var. resolut. cap. 6. num. 10.*

93 Sed an idem etiam de mutis, surdis dicendum sit, quæritur? Plerique ita quidem volunt: *(a)* sed Donellus *(b)* id nobis rectè negare videtur. *(c)*

a) Zas. *dict. Tractat. substitut. cap. 3.* Didac. Covarruv. *ad dict. c. Raynutius, §. 6. num. 1. ext. de testament.* & Duaren. *ad tit. ff. de vulgar. & pupill. substitut. cap. 19.* (b) *libr. 6. Commentar. cap. 27. pag. 98.* Intrigliol. *dict. cent. 2. quæst. 16. & 17.* Trentacinq. *dict. part. 3. cap. 4. num. 7.* Gregor. *dict. libr. 42. cap. 24. num. 15.* (c) Cùm enim jure singulari, & speciali constitutione Iustinianea permissum sit parentibus, quasi pupilla-

pillariter ſubſtituere liberis ſuis mente captis: quippe cùm hanc poteſtatem priùs non habuerint, ut arguit *l. ex facto 43. in princ. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Certè hoc jus ad conſequentias produci non debet, *per l. quòd verò 14. l. in his 15. & l. jus ſingulare 16. ff. de legibus* maximè cum lege 12. tabul. de ſuis tantum bonis teſtari quis jubeatur, non de alienis *l. verbis 120. ff. de verbor. ſignif. & l. teſtandi 13. C. de Teſtament.* Facit huc, quòd ea, quæ novalege comprehenſa non ſunt, relicta intelliguntur reguiis juris antiqui. *l. præcipimus, in fin. C. de appellat.* Iure tamen Würtembergico permittitur parentibus etiam liberis ſuis mutis ſurdis ſubſtituere, Landtrecht das Alt/ *part. 3. Tit.* Wie *ſubſtitutiones* oder nach Erbſatzung geſchehen mögen/ *pag. 285. verſ.* Es were dann; das New *part. 3. tit. 12. cap. Exemplaris ſubſtitutio.* Sequitur Vaſquius *lib. 1. illuſtr. controverſ. cap. 37. num. 6.* Forſter. *lib. 2. diſput. 13. theſ. 11.* Hunn. *libr. 2. variar. reſolut. tract. 6. quæſt. 20.*

Vocatur in quæſtionem & illud, poſſitné pater filio ſuo mente ca- 94
pto exheredato in ſecundum caſum ſubſtituere? nobis affirmantium ſententia placet.

Nam hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis introducta eſt, §. *qua ratione, ibi, ad exemplum pupillaris ſubſtitutionis, Inſtitut. de pupillar. ſubſtit.* Quæ pupillaris ſubſtitutio etiam exheredato filio fieri poteſt, §. *non ſolùm autem, Inſtit dict. tit. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos, ff. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Huc quoque confert, quòd exheredationis illius pœna hæc tantùm eſt, quòd parentis teſtamentum querelæ inofficioſi ſubjacet, uti verbis expreſſis arguit *d. l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis ſubſtitut.* Atque hanc ſententiam, amplectuntur Didac. Covarruv. *ad dict. c. Raynutius, §. 6. num. 2. extr. de teſtament.* & Duaren. *ad tit. ff. de vulgar & pupillar ſubſtitut. cap. 20.* vide me *ad tit. Inſtit. d. pupillar. ſubſtit. num. 21.* diſſentit præter alios Donell. *lib. 6. Commentar. cap. 27. pag. 99.* & pro ejus opinione facere videtur *d. l. humanitatis 9. ibi, legitimâ portione relictâ. C. de impuber. & aliis ſubſtitution.* ſed cùm exheredationis illius pœna conſtituatur in eadem lege in officioſi querela: certè pœna illius non eſt ſubſtitutionis nullitas, per ea quæ idem Donell. *Auth. Non licet, num 5. ſub fin. Cod. de liber. prater. vel exhered. & lib. 6. Commentar. cap. 13. pag. 31. tradit.* Michael Graſſ. *lib. 1. recept. ſentent. §. ſubſtitutio. quæſt. 40. num. 5.* Hunn. *dict. lib. 2. variar. reſolut. tract. 6. quæſt. 22.*

Sed an tota legitima relinquènda ſit liberis mente captis, ut ceſſet 95
querela inofficioſi, an verò ſatis ſit, ut pars legitimæ illis relinquatur in dubium vocatur? Nos illis, qui prius affirmant, adſtipulamur.

Nova enim conſtitutio Iuſtiniani *in d. l. humanitatis 9. C. de impub.*

& aliis *substit.* exigit singulariter, ut legitimam parens relinquat liberis mente captis, quibus in casum secundum substituit: Deliderat ergo, ut tota illis relinquatur legitima: alioqui enim hac singulari cautione opus foisset nihil: quippe cum ante eam constitutionem Iustinianus caverit, sufficere, si pars legitimæ sit relicta, ad hoc, ut cesset querela inofficiosi. *l. omnimodo 30. junct. l. quoniam 32. C. de inoffic. testament.* Atque hanc sententiam probat quoque Donell. *lib. 6. Comment. c. 99.* vide me *ad tit. Inst. de pupill. substit. num. 23.* Dissentit Treutl. *vol. 2. disp. 11. thes. 10. lit. g.* Valq. *lib. 3. illustr. controv. c. 106. n. 40.*

96 Est & illud hic notandum, quòd parens non quemvis sine discrimine liberis suis mente captis in casum secundum substituere potest. Si enim filius aut filia mente captus aut capta liberos habent, hi tantùm illi substitui debent: Si desint liberi, sed adsint fratres mente capti, tunc hos illi substituere parens jubetur. Quod si neque liberos, neque fratres habeat mente captus, tunc quoslibet substituere licet.

Dict. l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis substit. & §. qua ratione, ibi, certas personas substituere, Inst. de pupill. substit.

97 Sed quæstio est satis dubia, si mente captus filius habeat fratres partim utrinque conjunctos, partim ab altero tantum latere junctos, num omnes, aut utrinque tantum juncti, substitui debeant?

Hic distingunt Dd. communiter inter patrem & matrem substituentem, si pater substituat, solum consanguineos substituendos esse, sin mater substituat, utrosque substitui posse, Sichard. *in l. humanitatis. num. ultim. C. de impub. & aliis substitut.* Michaël Graff. *in §. substitutio q. 48.* Anton. Gomez. *tom. 1. var. resolut. c. 6. num. 6.* Trentacinq. *de substitut. part. 3. t. 5. num. 7. 8. 9.* Sfort. Odd. *eod. tr. q. 8.* Bald. *in tr. de substitut. in rubr. de exemplar. substit. n. 19.*

98 Non est tamen necesse, ut parens omnes liberos, aut fratres mente captos substituat, sed est satis, si unum ex pluribus substituat.

Dict. l. humanitatis 9. circa finem. C. de impub. & aliis substit. ibi Donell. *n. 9. & lib. 6. Comment. jur. civil. c. 27.*

99 Præteritis igitur omnibus mente captis liberis, in ejus potestate constitutis, substitutio nullius est momenti. *(a)* Præteritis verò, aut exheredatis liberis quibusdam, aut fratribus, neque ipso jure nulla est hæc in secundum casum facta substitutio, neque everti querelâ inofficiosi potest. *(b)* Alio tamen remedio legitimam suam consequi hæ personæ possunt. *(c)*

a) *Dict. l. humanitatis 9. ibi, non liceat parenti, C. de impub. & aliis substitut. junct. l. non dubium 5. C. de legib.* (b) *arg. l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis. ff. de inoff. testam. & c. 1. §. ultim. tit. de testam. in 6.* Donell. *lib. 6.*

Digitized by Google

lib. 6. Comment. c. 27. p. 100. (c) *per ea quæ ſuprà diximus de matre excluſa ad tb. 85.*

Effectus hujus ſubſtitutionis eſt, quòd mente capto in ipſa amen- 100
tia mortuo; ſubſtitutus ejus hereditatem ſibi delatam adquirere poteſt.

Dict. l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis ſubſt.

Expirat autem & evaneſcit hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio, ſi liberi 101
mente capti reſipuerint.

§. *Quâ ratione. 1. verſ. ſin autem reſipuerint. Inſtitut. de pupill. ſubſtit. & d. l. humanitatis, 9. verſ. Ita tamen ut ſi poſtea reſipuerint. C. de impub. & aliis ſubſtitut. l. ex facto 43. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* Auferret enim ei jam homini ſanæ mentis teſtamenti factionem. *d. l. ex facto 43.* quapropter ceſſante furore, ceſſat etiam quaſi pupillaris ſubſtitutio; redeunte verò furore, vires iterum aſſumit ſubſtitutio, videlicet, ſi intra breve tempus redeat. *l. quod meo. 18. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. plerique. 33. ff. de ritu nupt.* At ſi longo poſt tempore furore corripiatur, ſubſtitutio haud convaleſcit. Zaſius *de ſubſtitut. c. 3. de ſubſt. exemplari. in fin.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 50 n. 6. & ſeqq.*

Si quoque poſt ſubſtitutionem hanc mente capto liberi naſcantur, 102
ſubſtitutio hæc rumpitur.

Dict. l. ex facto 43 ff d. t. facit *l. generaliter 6 §. cùm autem inveniamus, C. de inſtitut. & ſubſtitut. & l. cùm avus 102. ff. de condit. & demonſtrat.* Zaſ *tract. ſubſtitut. dict. c. 3. in fin.* & Duar. *dict. c. 21.* Ego *in Comment. Inſt. adt. de pupill. ſubſt. n. 30.* Petr. Gregor. Tholoſan. *lib. 42. Syntagm. Iur. univerſ. c. 24. in fin.*

Denique infirmatur hæc etiam ſubſtitutio, ſi nemo patri ex ejus te- 103
ſtamento heres exiſtat.

Arg. l. ſed ſi plures 10. §. ſi ex aſſe heres. ff de vulg & pupill. ſubſt. ubi id, de ſubſtitutione pupillari cavetur, ad cujus exemplum hæc quaſi pupillaris recepta eſt, d. §. quâ ratione, Inſt. de pupill. ſubſt. & d. l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis ſubſt.

Reliquum eſt, ut de militari ſubſtitutione diſſeramus. Militaris 104
ſubſtitutio eſt, quâ miles delatam inſtituto hereditatem, in caſum, quo ipſe inſtitutus eam adquiſierit, ſed vel pubes ſanæ mentis, ſi ex liberis ſit, vel qualiſcunque, ſi ſit extraneus, deceſſerit, ex militari privilegio alteri directò defert.

l. Centurio 15. ff de vulg. & pupill. ſubſtitut. & l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſtit. l. inteſtamento, 6. C. de teſtam. militar. ibi, Duar. *lib. 2. Diſputat. anniverſar. c. 22.* hanc ſubſtitutionem rectè militarem ſubſtiturionem vocat. Ordinatur enim à milite, & quidem ex privilegio militari:

Digitized by Google

litari: quippe cùm paganus in casum secundum directò substituere non possit, §. *ult. Inst. de pup. subst. d. l. in testamento 6. C. de testam. milit. l. post aditam 5. C. de impub. & aliis subst.*

105 Est autem hæc substitutio vel sola, vel alii etiam substitutionis speciei juncta. Sola est militatis substitutio, si miles extraneo alicui vel liberis puberibus sanę mentis hoc modo substituat: Si Sejus intra quintum, & vicesimum annum decesserit, Mævius heres esto, vel his verbis: Si Gajus intra vicesimum octavum ætatis suæ annum sine liberis decesserit, Attius heres esto.

l. Milites. 5. l. miles ita 41. in pr. & §. miles & emancipato, ff. de testam. milit. l. in testamento 6. in fin. C. d. t. & facit *l. Centurio 15. ff. de vulgar. & pupillar. substitut.* Didac. Covarr. *in c. Raynutius, §. 9. num. 2. vers. sextò apparet. tit. de testament.* & Iacob. Menoch. *dict. lib. 4. præsumpt. 52. numer. 24.*

106 Substitutio militaris alii substitutionis speciei juncta est, quâ miles liberis suis impuberibus, vel mente captis eodem gradu substituit.

Dict. l. centurio 15. ff. de vulg. & pup. subst. d. l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst.

107 Eaque vel expressa est, vel compendio verborum facta (a) Expressa militaris substitutio fit hoc modo: Si filius meus heres extiterit, & intra pubertatem, vel postea decesserit, Titius heres esto. Hîc duæ expressim substitutionis species junctæ sunt: Pupillaris, & militaris. Pupillaris, si filius institutus intra pubertatem decesserit. Militaris, si filius heres institutus post pubertatem decesserit. (b)

a) *Dict. l. precibus 8. ibi, vel expressa, vel compendio*, C. *d. t.* (b) *d. l. Centurio 15. ff. de vulg. & pup. subst. d. l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst. & d. l. in testamento, 6. C. de testam. milit.*

108 Compendio verborum, fit substitutio militaris, juncta alia substitutionis specie, cùm miles substituendo liberis suis, tempus, quod excedit pubertatem, vel dementiam eorum non exprimit nominatim, sed compendio & vi sermonis significat, hoc modo: Quandocunque filius meus decesserit, Attius heres esto. Vel his verbis; Si filius meus decesserit, Sempronius heres esto. Vel hac verborum forma; cùm filius meus decesserit, Gajus heres esto.

Didac. Covarr. *ad c. Raynutius, §. 9. n. 2. vers. undecimò, & n. 3. extr. de testam.* & Donell. *ad d. l. precib. 8. n. 7. C. de impub. & aliis subst.* Doctores hanc substitutionem vocant compendiosam: quod improbant Duar. *lib. 2. disp.* & Donell. *lib. 6. Comment. c. 23. p. 79.* & Wesenb. *in Paratitl. ff. de vulg. & pup. subst. n. 7.*

Hoc

Digitized by Google

Hoc autem modo facta militari substitutione filio impuberi, dece- 109
dente eo intra pubertatis annos, pupillaris est substitutio: Moriente verò ipso post pubertatem, si mente captus decedat, quasi pupillaris substitutio est: Si n compos mentis, substitutio est militaris. Et hoc postremo casu capiet substitutus testatoris tantùm bona, quæ ad filium ex institutione pervenerunt: Primis verò duobus casibus capiet substitutus & testatoris, & filii bona.

Dict. l. prec. bus 8. ibi, ad te omnimodo eius pertineat successio. Item ibi, eos habeat heredes, quos pater ei constituit, & denique ibi, patris ei fuerint. C. de impub. & aliis subst. d. l. centurio 15. ff. de vulg. & pup subst. d. l. in testamento 6. C. de testam milit.

Cæterùm quæstionis est, utrum recto jure, an verò jure fideicom- 110
missi bona militis ex substitutione militari ad substitutum perveneant? nos prius affirmare nihil dubitamus.

Per text. *in d. l. centurio 15 ibi, directo substituit, item ibi, ex privilegio militum. ff. de vulgar. & pup. subst. d. l. in testamento 6. ibi, licere militibus proprio privilegio, C. de testam. milit.* sed obstare videtur, *d. l. precibus 8. in fin. ibi, veluti ex causa fideicommissi. C. de impub. & aliis subst.* vide Vigl. *ad §. quarationem, n 13 Instit. de pupill. substitut.* Ferd. Valq. *tractat. de success. libr. 3. de success creat. §. 24. num. 17. & seqq. Item lib. 2. §. 11. num. 29.* Donell. *ad d. l. precibus 8. num. 10. & seqq. Cod. de impub. & aliis substitut.* Francisc. Hotoman. *libr. observat. cap. 16.* Menoch. *de præsumpt. libr. 4. præsumpt. 52.* Et meum Tractat. *de jure belli & duelli, lib. 1. cap. 24.*

CLAS. III. DISPUT. VI.

DE CODICILLIS.

THESIS I.

CVM hactenus de testamento, ita propriè & in specie dicto, *(a)* 1
ejusque solennitate, *(b)* & propriis partibus; veluti heredis directa institutione; *(c)* itemque exheredatione, *(d)* & substitutione *(e)* dispexerimus: ordinis ratio jubet, ut priusquam de communibus Testa-

menti & Codicilli partibus, puta legato, & fideicommisso (f) agamus, de altera etiam testamenti specie, Codicillo scilicet videamus. (g)

a) *Vide Disputationis primæ Thesin 11.* (b) *Disput. 2.* (c) *Disputat. 3. & 4.* (d) *Disput. 3.* (e) *Disp. 5.* (f) legatum & fideicommissum non tantùm testamento, sed & Codicillo relinquitur. *l. 2. in princ. & l. 3 ff. de jure Codic. § Directo autem. Inst. de Codic.* Vbi quod de fideicommisso traditur, hodie etiam de legato intelligi debet. *§. sed non usque. Inst. de legat. & l. 2. C. commun. de legat. & fideicommiss.* (g) Sic Compilatores Iuris ea, quæ communia sunt diversis speciebus, etiam post eas expositas proposuerunt, *ut titul. ff. communia prædior. tam urban. quàm rustic. Et t. C commun. utr judicii tam fam. herciscund. quàm comm. dividund. & t. comm. de legat & fideicommiss.* vide Reusner. *de Codicill.*

2 Codicillus (a) est ultima voluntas, (b) quâ quis sine heredis directa institutione (c) justè (d) disponit, quid post mortem suam fieri velit. (e)

a) Etsi authores juris plurali numero frequentiùs dixerint Codicilli, *l. non est sine liberis. 148. ff. de verb. signif.* tamen & singulari numero dixerunt quoque Codicillus *l. ult. ibi testamentum vel Codicillus. C. famil. erciscund. l. non Codicillum 14. & l. cum antiquitus 28 in princ. ibi vel Codicillus nascitur in fin. ibi, testamentum vel Codicillum, item, ibi, testamentum validum & Codicillus. Cod. de testament.* (b) *l. ultim. §. ultim Cod. de Codic.* (c) *§. Codicillis autem, & seq. Instit. de Codic. l. hereditatem 2. & l. sidem 7. C. dict. t. l. non Codicillum. 14. C. de testament. l. penultim. §. 1. C. de necessar. serv. her. inst. l. quod per manus. 10. ff. de jure Codicill. l. asse toto. 77. ff. de heredibus instit.* Mantica *de conjectur. ultimar. volunt. libr. 1. titul. 8.* (d) Iustè, id est, secundum regulas juris, quæ testes quinque ad Codicillorum factionem desiderant, *d. l. ult. §. ultim. C. de Codicill.* (e) *per l. 1. ff. qui testam. fac. poss. & toto tit. ff. de jure Codicill. & toto t. C. & Instit. de Codicill.* Vitiosa est, quam tradunt quidam definitio hæc, Codicilli sunt ultima defuncti testati vel intestati voluntas imperfecta, minusque solennis. Omnis quippe Codicillus est solennis voluntas & perfecta, suo in genere & differt à testamento hâc tantum formâ, quod illud hæredis habeat institutionem directam, Codicillus verò non item.

3 Duplex autem circa Codicillos inspectio incurrit: una de ordinatione Codicillorum: altera de eorum infirmatione.

4 In Codicillorum ordinatione spectamus, tùm qui Codicillos facere possint: tum quid in Codicillis disponatur: tum quoque modum conficiendi Codicillos.

5 Codicillos autem is demum facere potest, qui & testamentum facere. (a) Vndè furiosus Codicillos facere nequit: (b) At pater filiofam. impuberi Codicillos pupillares rectè facit. (c)

a) *l.*

a) *l. Divi Severus 6. §. penult & l conficiuntur 8. §. Codicilli. ff. de jure Codicillor. l. 2. ff. de legat. 1.* (b) *l. 2. §. 3 ff. de jure Codicill. l. ne Codicillos 5. C. de Codicillis.* (c) *l. si fundum 92. §. ult. juncta l. seq. ff de legat. 1.* Bald. *ad Auth. ex causa. C. de lib. prater.* Rolandin. Paschager. *in tract. de Codicillis cap. 1.*

Sed in dubium vocatur, an persona quæ statuto quodam testari 6
prohibetur; ut si minor 15. annis testamentum condere prohibeatur; vel prohibeatur conjunx ad conjugis utilitatem condere testamentum: Codicillos facere nihilominus possit? Et quamvis communiter negativa sit recepta; *(a)* nobis tamen verior affirmativa videtur. *(b)*

a) Dd. *in l. 2. ff. de legat. 1. per text. ejusdem l. & in l. 3. §. si quis Codicillos. ff de Senatusc. Sillan.* Perque hanc rationem, quod facilè statuto per Codicillos imponeretur contra *c. cùm quid prohibetur, 39. de regul. jur. in 6.* (b) Statuta enim strictè & propriè accipi debent, maximè cùm juri communi derogant. Mynsing. *decad. 1. respons. 30. num. 6.* Sed stricta & propria appellatione testamenti non continentur Codicilli, *l. si idem 7. C. de Codicill.* Deinde statutum, & quodcunque aliud jus novum correctorium extendi non debet ultra casum, de quo loquitur. *l. præcipimus 32. in fine. C. de appellation. l. si furiosi 25.* Vbi Bald. & alii. *C. de nupt. Authent. quas actiones. C. de SS. Eccles.* Denique humanius est & æquius eam sequi sententiam, quæ ultimæ voluntati favet, *l. si pars. 80. ff. de inoff. testam.* Vide Thadæum Pison. *lib. 3. var. resolut. cap. 1. num. 30.* Reusner. *de codicill. cap. 3. num. 3.*

Dispositionem Codicillorum quod attinet relinquuntur in iis res 7
per fideicommissum, *(a)* & per legata; *(b)* tutores quoque in illis constitui possunt, si testamento confirmentur. *(c)*

a) *l. 2. C. de Codicill. §. non tantùm autem, 1. & §. directò autem. Instit. d. t. l. 2. in princ & l. 3. ff. de jure Codicill.* (b) Olim quidam legata testamento tantùm relinqui poterant. *l. legatum 116. in princ ibi, qui testator. ff. de legat. 1. l. legatum 56. ff. de leg. 2. §. præterea Instit. de fideicommiss. hered.* Sed cum Iustiniani Constitutione, quod deest legatis ex natura fideicommissorum sit repletum. *l. 2. C. comm. de leg. & fideicommiss. & §. sed non usque. Instit. de legat.* Hodiè non minus legata, quàm fideicommissa Codicillis relinqui possunt. Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 19. pag. 181. l. 10. & seq.* (c) *l. 3. ff. de testament. tutel.*

Non solùm autem res singulæ, sed & hereditas Codicillis per fidei- 8
commissum relinqui potest.

§. *Directò autem. 1 Instit. de Codicill.*

At directa hereditas Codicillis non relinquitur, ne confundatur 9
jus testamentorum & Codicillorum: *(a)* ne item per Codicillos, qui

ex testamento valent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videatur. (b)

a) §. *Codicillis autem. Instit. de Codic. & l. fi idem. C dict. tit.* (b) *l. quod per manus traditum est 10. ff. de jure Codicill.* Plures hujus juris rationes proponit Ferdinand. Vasquius *de success. creat. libr. 3. §. 25. numer. 2.*

10 Non ergo directò substituere, neque hereditatem adimere: proindeque nec exheredationem scribere, vel conditionem heredi instituto adjicere Codicillis quis potest.

Dict. §. Codicillis autem. 2. vers. & ideò. versic. nec conditionem. Instit. de Codicill. & l Divi. 6. in princ. ff. de jure Codicill. Vasq. *d. §. 25. n. 10. 13.* Cæval. *commun. opin. quæst. 80. & quæst. 264.*

11 Sed quæritur, an conditio institutioni vel substitutioni in testamento adjecta. Codicillis removeri possit, ut pura sit institutio vel substitutio? Neganti nos subscribendum responso putamus.

Directa enim hereditas ita daretur Codicillis, quod tamen jura non concedunt: & per unam viam fieret, quod alia denegatur, contra *l. ut nullo. 28. C. de usuris. & l. si quis. 7. §. fin. ff. qui à quibus man. lib. non fiunt.* Accedit hic & illud, quod, ut dixi, conditio institutioni vel substitutioni in Codicillis adjici non potest: Ergo nec detrahi: quippe cùm privatio & habitus idem concernant subjectum. *l. nolle. 4 ff. de adquir vel omitt. hered. l. velle 4. ff. de regul. jur.* Denique hanc decisionem post Salicet probat Vasq. *dict. §. 25. num. 11.* Reusner. *in tract. de Codicill. cap. 7. num. 24.*

12 Et licet parens Codicillos faciat, tamen nec liberos suos directo in illis heredes instituere potest, (a) ut nec filius parentem. (b)

a) *Textus est in l. Scævola 76. ff. ad SC. Trebell.* Et confert huc, quod generales sunt textus, qui volunt, quòd directa hereditas Codicillis dari non possit. Atque hanc sententiam contra Bart. & alios defendit Ferd. Vasq. *lib 3 de success. creat. §. 25. num 7.* adde Thad. Pison. *lib. 3. var. resolut. cap. 1. num. 12.* Reusner. *dict. cap 7. num 27.* (b) per rationes easdem, plures adfert Vasq. *d. §. 25. num 8.*

13 Similiter neque piæ causæ quis directò hereditatem in Codicillis relinquere potest.

Quia textus & rationes *adthesin 19* adscriptæ etiam in Codicillis, quibus piæ causæ hereditas datur, procedunt. Atque hanc sententiam probat etiam Ferdinand. Vasq *dict. § 25 num 9.* & faciunt pro ea, quæ scribit Bald. *ad l. 1. num 8. C. de SS. Ecclesiis.*

14 Et licet quis ex re certa directò in Codicillis instituatur, attamen inutilis est ea institutio, (a) quamvis non filius, sed extraneus ita sit cohe-

Digitized by Google

coheres datus; (b) nisi institutus ille coheres in re certa loco legatarii fuerit: veluti si is, qui testamento institutus est, non similiter in re certa sit scriptus heres, sed ex parte hereditatis certa, puta ex semisse. (c)

a) Cùm enim omnis institutio directa Codicillis inutiliter fiat, certè etiam inutilis est directa institutio in re certa facta, puta in fundo Corneliano. Nam & hæc institutio vera institutio est, non modò cùm quis solus in re certa heres instituitur. *l. 1. §. si ex fundo. l. si ita. 74 ff. deher. Instit.* Sed & cum aliquis coheres datur alii, qui similiter in re certa est heres institutus, *l quotiens 9. §. si duo & l. seq. ff de hered inst.* (b) Sunt enim generales proximè citatæ leges. Vasquius tamen *in dict. §. 25. num 14.* distinguit inter filium & extraneum heredem: hunc scribit ex re certa coheredem Codicillis utiliter dari: illum non item. (c) *l. quotiens. 13. C. de heredib. instituend.* facit. *l. mulier. 22. §. ultim. ff. ad Senatusconsultum Trebell.*

Quia autem, ut hactenus ostensum, Codicillis non directa heredis institutio fieri potest; sequitur eam alicujus ultimam voluntatem, quæ tantùm legata & fideicommissa continet, Codicillum esse, non testamentum, etiamsi disponens eam suam voluntatem testamentum appellet. 15

l. Non Codicillum. 14. C. de testam. l si idem 7. C. de Codicill. & l. ultim. ff. de jure Codicill. Menoch. *lib. 4 præsumpt 3 num. 5 & seq.*

Ex contrario quoque testamentum non Codicillum facere velle præsumitur, qui sibi directò heredem instituit, quamvis eam voluntatem suam Codicillos nominet. 16

Per textus ad præced. sb. adscriptos, & Menoch. *d. præsumpt. 3. num. 1. 2. & 3.*

Vnde si testamentum illud sit imperfectum, nec clausulam habeat adjectam, quod etiam quasi Codicilli valere debeat, quidquid relictum est in illo testamento, licet quasi in Codicillis potuerit valere: tamen non debetur. 17

l. 1 ff. De jure Codicill. & l. ultim. §. illud quoque. C. de Codicill. l. ex ea 29. ff. qui testam. fac poss & l. coheredi 41. § quod si heredem ff de vulg. & pupillar substitut. argum l. 3 verfic. quemadm. dum. ff de testament. militar.

Quanquam verò prædicta omnia Dd. limitent in milite: (a) attamen quod nec miles directò alicui hereditatem Codicillis, ita propriè dictis, dare possit, planè arbitramur. (b) 18

a) *Per text. in l. militis Codicillis 36.* ubi Bart. & alii, *ff. de testam. milit.* Vasq. *d. § 25. num. 15.* (b) *tum per l. quærebatur 19 in princ. ff. dict. t. tum per text. in §. Codicillis autem, ibi, ne confundatur Ius testament. & Codi-*

cill. tum denique textu *l. si idem Codicilli, 7. C. d. t. & l. non Codicillum 14. C. de testam.* vide tractat. meum *de bello & duello lib. 1. c. 25.*

19 Sed an pupillaris substitutio testamento facta Codicillis adimi, & revocari possit, quæstionis est? Nos contra Bart. *(a)* cum Ferd. Vasq. *(b)* negativam amplectimur. *(c)*

a) *In l. ult. ff. de Iure Codicill.* (b) *in d. §. 25. n. 17.* (c) *motis rationibus Vasquii d. n. 17. adductis.*

20 Quamvis autem hereditas directa Codicillis haud dari possit: tamen testamento data, eo rupto, vel inutili existente, in vim fideicommissi rectè Codicillis relinqui potest.

l. 1. Cod. de Codicill. & l. 2. in fine, ff. de Iure Codicill. Vasq *d §. 25. n. 18.* vide *infra hac disp. thes. 25.*

21 Clausula quoque derogatoria testamento apposita Codicillis adimi potest.

Per eam enim clausulæ illius ademptionem neque datur, neque aufertur hereditas. Et prohibitum non est ejusmodi clausulam Codicillis adimere, proindeque id permissum intelligitur, *l. nec non. §. quod eis, ff ex quibus caus. major.* Atque ita sentiunt. Salicet. & Alexander. *ad l. 2. C. de Codicill* quos sequitur Vasq. *d. §. 25. n. 17.*

22 Similiter heredis quoque persona Codicillis rectè declaratur: ut si testator suo testamento ita scripserit: *Quem heredem Codicillis fecero, heres esto:* vel ita, *cujus nomen Codicillis scripsero, ille mihi heres esto*, Et postea Codicillis Titium heredem instituat.

l. Asse toto 77. ff. de hered. inst. l. institutio talis, 10. in pr. vers. proinde, ff. de condit. institut.

23 Pars quoque hereditatis, testamento indefinitè scripta, Codicillis declarari & definiri potest, veluti si testator ita scripserit: *Quantam hereditatis partem Titio Codicillis dedero, ex tanta parte heres ille esto*, & postea Titio certam hereditatis partem Codicillis deferat.

l. Si ita scripsero 38. ff. de condit. & demonstr l. si quis ita 36. ff. de heredib. instituend. qua posteriori l. & illud docetur, quod licet pars in Codicillis non fuerit adscripta: fore tamen testamento ita scriptum, quasi sine parte institutus fuerit.

24 Denique conditionalis hujusmodi aliqua institutio; *Si Codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto*, pura Codicillis fieri potest.

Dict. l institutio talis 10. in pr. ff. de condit. inst. Cujac. *in comm. lib. 7. quæst. Papin p. 442.*

25 Cæterùm in dubium vocatur, an heredis institutio in Codicillis directò facta planè sit inutilis, an verò fideicommissi vim obtineat? *(a)* & posterius nobis placet, si disponens Codicillos se facere voluisse ostenderit:

rit: *(b)* ſive nullum priùs teſtamentum fecerit, *(c)* ſive aliquod antea fecerit teſtamentum. *(d)*

a) Bart. *& alii in l. Scævola 76. ff. ad SC. Trebell.* Vaſq. *lib. 3. de ſucceſſ. creat. §. 25. num. 19.* (b) *l. 3. ff. de teſtam. militar.* (c) *l. 1. ff. de Iure Codicill.* Diſſentit Vaſquius *dict. num. 19.* (d) *d. l. Scævola 76. ff. ad SC. Trebell.*

Codicillos autem non teſtamentum facere voluiſſe, quis dicitur, 26
quando convocatis etiam ſeptem teſtibus, inſtituit heredes illos, qui alioqui non erant ſucceſſuri ab inteſtato: & deinde dixit, ſe velle hanc ſuam diſpoſitionem valere tantùm Iure Codicillorum. Tunc enim Iure fideicommiſſi ea diſpoſitio valet, & tenentur heredes ab inteſtato ſuccedentes ſcriptis illis heredibus hereditatem reſtituere.

Dict. l. 3. ff. de teſtam. milit. & ita poſt alios, quos allegat, ſcribit Menoch. *lib. 4. præſumpt. 3. n. 4.*

Similiter non teſtamentum, ſed Codicillos facere voluiſſe quis cre- 27
ditur, cùm alicui rem quandam certam reliquit, & ſuam illam diſpoſitionem Codicillos appellavit.

Argum. l. quotiens 12. C de heredib. inſtituend. juncta dict. l. 3. ff. de teſtament. milit. Menoch. *dict. præſumpt. 3. numer. 4. in fin.* vide *ſupra theſ. 14.*

Denique codicillari quoque voluiſſe præſumitur, qui directò in- 28
ſtitutis heredibus diſpoſitioni ſuæ hanc adjecit clauſulam; velle ſe hoc etiam vice Codicillorum valere: *(a)* atque hoc caſu, ſi ultima ea voluntas teſtamentum imperfectum ſit, pro Codicillo habetur, & heredibus in eo ſcriptis fideicommiſſaria hereditas debetur. *(b)*

a) *Dict. l. 3. ff. de teſtam. militar.* Corneus *conſil. 306. num. 2. lib. 5.* & Menoch. *d præſumpt. 3. num. 4.* (b) *l Scævola 76. ff. ad Senatuſconſ. Trebell. & §. directò autem. Inſt. de Codicill.* Donell.. *lib. 7. Comment. jur. civil. c. 19. fol. mihi. 181.*

Sequitur de modo conficiendi Codicillos, qui duplex eſt, ſubſtan- 29
tialis, & accidentalis. Subſtantialis modus conficiendi Codicillos in duobus conſiſtit: prius eſt diſpoſitio, quæ non eſt heredis directa inſtitutio, ſed vel legatum, vel fideicommiſſum; aut tutoris datio teſtamento confirmata: *(a)* poſterius eſt ipſa ſolennitas Codicillorum.

a) *De hac omni diſpoſitione codicillari ſup. diſſeruimus.*

Quod attinet ſolennitatem Codicillorum, quinque teſtes adhiben- 30
di ſunt ordinationi Codicillorum: *(a)* quos tamen fortuitò adeſſe ſufficit: *(b)* neque refert mares ſint, an fœminæ. *(c)*

a) *l. Vlt §. fin. C. de Codicill.* Cujac. quidem *in Tract. ad Afric. 2. in explicat. l. 15. ff. de Iure Codicill. mihi pag. 33.* in ſolennibus ultimarum vo-

lun-

lunratum teſtes poni negat. Sed ſibi contrarius *ad l. qui teſtamento ff. qui teſtament fac. poſſ.* inter teſtamentorum ſolennia teſtes eſſe affirmat; & rectè quidem, uti arguit textus *in l. ult. ibi, cum enim res, per teſtium ſolennitatem, C. de fideicom.* At obſtare videtur *§. ultim. Inſtit. de Codicill.* Sed Donel. *lib. 7. Commentar. c. 19. fol. 178 in fin.* ſcribit *dict. loco.* plenam & perfectam voluntatem ſignificari ſolennitatem per verba, nullam ſolennitatem (b) *d. l. ult. § fin. C. de Codicill.* Molinæus tamen *conſil. 31. num 3. & 5.* hodie teſtes hos etiam rogatos eſſe debere ſcribit, *per Nov. 90. c. 2.* Ipſi tamen fideicommiſſarii & legatarii teſtes hîc adhiberi, ut in propria cauſa non poſſunt. Weſemb. *in Paratit. ff. tit. de teſtam. num. 11.* (c) *arg. § ultim. ibi, nullam ſolennitatem ordinationis.* Vbi Dd. *Inſt. de Codicill. gl.* Alex. cæteriquè Dd. *in l. ultim. C. dict. t.* Bl. *conſil. 8.* Alex. *conſil. 298. vol. 1.* Donell. *lib. 7. Comment. cap. 19. pag. 178. in fine.* Arumæus. *Exercit. Inſtin. 7. theſ. 14.* Vaſquius *lib. 2. de ſucceſſ. creat. §. 12. requiſit. 2. num. 12. & ſeqq.* Fürſtenthumbs Würtemberg gemein Landrecht das Ander part 3. Tit. Von Codicillen. *p. 211.* Das Newe / part. 3. tit. 26. p. 421. Diſſentiunt Reuber. *de teſtib. p. 80.* Tyraq. *de legib. connubial. p. 1 gloſſ. 9. num 6.* Conan. *lib. 9. cap. 3. num. 3.* Ionan Dauch. *in l. 20. §. 6. num. 9 ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Decius *in l. 2. num. 26. & 27. ff. de reg. jur.* vide Farin. *de teſtib. lib. 2. quæſt. 59. caſ 3. num. 64. & ſeqq.* Hotoman. *lib. 3. obſervat. cap. 14. & in tit. 32. in fin. lib. 2. Feud.* Solas tamen fœminas ſine ulla maſculo teſtes adhiberi non poſſe, volunt Barbat. *in c. Relatum, col. 7.* & Ioh. Dilect. *in tr. de arte teſtandi, cautela 2. n. 8.* & alii quos refert Farin. *dict. loc. n. 65.*

31 Sed vocatur in dubium, an quinque illorum teſtium, quando in ſcriptis Codicilli fiunt, ſubſcriptio neceſſaria ſit, nec ne? Et licet Azo, (a) & eum ſecutus Ferd. Vaſq. (b) id negent: nos tamen id affirmare cum aliquibus (c) nihil dubitamus. (d)

a) *In ſumma, Cod. h. t.* (b) *lib. 3. de ſucceſſ. creat. §. 25. num. 23.* (c) Gl. Alberic. Alex. Iaſ. & aliis *in l. ult. in fine. C. de Codicill.* (d) per text. *in d. l. ult. ibi, teſtibus videlicet, quando in ſcriptis componitur, ſubnotationem ſuam accommodantibus, C. d. t.* atque hanc ſententiam receptiorem eſſe teſtatur Vaſq. *d. §. 25. num. 23. verſ. verum vehementer in fin.* Treutl. *vol. 2. diſp. 10. theſ. 8. lit. C.* Graſſ. *lib. 1. recept. ſent. §. codicillus. num 10. & ſeqq.* Eſt & illud controverſum, num legatarii teſtes ſint idonei in Codicillis? Weſenb. negat *in Paratit ff. Qui teſtam. fac. poſſ. n. 11.* At Vigl. affirmat *ad §. legatarius, Inſt de ordinand teſtam.*

32 Eſt & illud de ſolennitate Codicillorum, ut teſtes illi quinque uno eodemque tempore adhibeantur.

Text. in d. l. ultim. in fin. ibi, in uno eodemq; tempore debent adhiberi,

ubi

ubi Corneus. *col. 3. C. de Codicill.* vide quoque Ferdinand. Vaſquium. *dict. §. 25. num. 20.*

Non eſt tamen neceſſe, ut Codicilli vel teſtatoris manu ſcribantur, 33
vel ſignentur. Et licet in confirmatione Codicillorum paterfamil. adjecerit, ut non aliàs valere velit, quàm ſua manu ſignatos, & ſubſcriptos; tamen valent facti ab eo Codicilli, licet neque ab eo ſignati, neque manu ejus ſcripti fuerint. Nam ea, quæ poſtea geruntur, prioribus derogant.

l. Divi 6. §. 1. & 2. ff. de Iure Codicill.

Quæritur de Codicillis cæci, an deſiderent formam eandem, 34
quam ejus teſtamentum requirit? Nobis negantium ſententia haud placet.

Per text. *in l. hac conſultiſſima 8. verſ. quæ in eundem modum, ibi. & in ſumma, quæ in Codicillis. Item verſ. at cum humana, ibi, ſive in Codicillis tenore, ubi gl. prima in verb. in Codicillis.* Item Baldus Fulgoſius Romanus Alexander. & Angelus. *C. qui teſtament. fac. poſſ.* Roland. *in tract. de teſtament. Rub. 6.* At diſſentiunt Salic. Paul. Caſtrenſis & Sichard. *ad d. l. hac conſultiſſima.*

Accidentalis modus conficiendi Codicillos, varius & multiplex 35
eſt. Et primò Codicilli in ſcriptis fiunt, vel ſine ſcriptis.

l. Vlt. §. fin. C. de Codicill. Vaſq. *lib. 3 de ſucceſſ. creat. §. 25. n. 23.*

Conficiuntur quoque Codicilli vel cum teſtamento, vel ſine teſta- 36
mento ab inteſtato; (a) & qui cum teſtamento fiunt, vel ante, vel poſt illud rectè ordinantur. (b)

a) §. *Præterea 10. Inſt. de fideicom. hæredit.* §. *non tamùm, Inſtit. h. t. l. conficiuntur 8. in princ. l. 16. ab inteſtato. ff. de Iure Codicill. l. non idcirco 4. C. de Codicill.* (b) *l. ante tabulas 5. & dict. l. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum, ff. de Iure Codicill. &* §. *ſed cùm ante. Inſt. de Codicill.*

Et Codicilli ante teſtamentum facti vires habent, licet ſpeciali vo- 37
luntate poſtea non confirmentur; ſi modò defunctum appareat à voluntate in prioribus Codicillis expreſſa non receſſiſſe.

Dict. §. ſed cum ante, verſ. ſed Divi Severus, Inſtit. hoc tit. & d. l. ante tabulas 5. verſ. aut voluntas eorum, ff. de Iure Codicill. vide Duaren. *libr. 2. diſp. anni. cap. ult.*

Vt tamen directæ Codicillorum antè confectorum ſcripturæ, puta 38
de legatis, libertatibus, & tutelis valeant, ſpecialis confirmatio etiam hodie requiritur.

l. Sive initio 6. C. de Codicill. & l. impuberem 22. §. qui Codicillos, ff. ad L. Corn. de falſ. Alioqui enim pro non ſcriptis habendi, ut eſt in Epiſtolis Plinii ad amicum. *lib. 2.* & ſcribit Cujac. *in Comment. in lib. 7. reſponſ. Papin. pag. 277.*

39 Qui autem Codicilli cum testamento facti sunt, pars ejus sunt, (a) & illius jus sequuntur. (b) At qui sine testamento ordinati sunt, nihil desiderant, sed vicem testamenti exhibent. (c)

a) *l. Penult. ff. testament. quem. aper. l. quidam 14. in princ. vers. quod Sabinum ff. de jur. Codicill.* (b) *l. 3. §. ultim. & l. ab intestato 16. ff. de jur. Codicill.* (c) *l. 3. in princ. & d. l. 16. ff. d. tit.* Vide me *ad tit. Instit. de Codicill. num. 9.* Reusner. *de Codicill. cap. 20. num. 2.*

40 Præterea Codicilli vel nutu, vel expressis verbis confici possunt. Dummodò is nutu relinquat, qui & loqui potest: nisi superveniens morbus ei impedimento sit. (a) Et potest quis vel unum, vel plures sibi Codicillos ordinare. (b)

a) *l. Nutu 21. in princ.* ubi Albericus de Rosate & cæteri Dd. *ff. de leg. 3.* Thomas Gramatic. *decis. Neapolit. 73. num. 6. & 35.* (b) *§. ultim. Instit. de Codicill. & dict. l. Divi. 6. §. Codicillos & plures, ff. de Iure Codicill.*

41 Si quis tamen duos diversis temporibus dissonas voluntatibus Codicillos ordinaverit: tunc ille, qui prior factus est in contrariis illis capitulis, per posteriorem revocatus intelligitur.

l. Cum proponatis 3. Cod. de Codicill. & facit *d. l. Divi 6. §. Licet in confirmatione, in fin. ff. de Iure Codicill.*

42 Denique est & ille modus quidam ordinandi Codicillos; quando testator suo testamento hujusmodi adjicit clausulam; ut si non valeat Iure testamenti, sive ut testamentum, Codicillorum vice & Iure valeat: (a) vel si dicat aut scribat: hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit: (b) aut, volo hoc testamentum valere omni modo. (c)

a) *l. 1. ff. de Iure Codicill. l. 3 de testam. mil. & l. ult. §. illud. quoque, C. de Codicill.* Sed clausula Codicillari non expressa an debeat intelligi? tradit Mantica *de conjectur. ultimar. volunt. libr. 1. titul. 9.* Vbi simul. *titul. 10.* an illâ expressâ, præsumatur apposita ex stylo vel consuetudine Notariorum, an verò ex voluntate testatoris. (b) *l. ex ea 29. §. 1. ff. qui testam. facer. poss.* (c) *ita post multos alios sentit etiam* Menochius *lib. 4. præsumpt. præsumpt. 31. num. 9.* De clausula Codicillari vide etiam Anton. Fabr. *decad. 36. error. pagm. err. 1 & decad. 39. err. 9.* Thesaur. *decis. 141.* Francisc. Hotoman. *lib. 8. observat. 1.* Herman. Vult. *§. 2. num 37. Instit. de testam. ordi.* & Fabian. Turetum. *tractat. de effect. & defect. clauf. Codicill.* His meritò jungendus Excellentiss. & Absolutiss practicus Dn. Christoph. Besold. *in suo thesaur. practico. lic. C. num. 28. fol. mihi 178.*

43 Idem tradunt Dd de hac clausula: Nolo servari in meo testamento miseram legum dispositionem: (a) ut etsi testator in suo testamento

jura-

juramentum præstiterit; (b) aut clausulam cæteratam (ut loquuntur) apposuit: ut si dixit; etsi non valebit, & cætera. (c)

a) Menoch. post alios, quos refert, *d. præsumpt. 31. num. 10. 11. 12.* Sed obstare huic conclusioni mihi videtur textus *in l. Lucius Titius 88. §. ultim. ff. de legat. 2.* (b) Gabr. Rom. *libr. 4. conclus. tit. de testam. conclus. 5. in fin.* ubi multos in hanc sententiam congessit, & Menoch. *d. præsumpt. 31. num. 13.* At resistere huic communi opinioni planè videtur *l. cum pater 77. §. filius, ff. de leg. 2.* (c) Natta *consil. 660. in fine*, Menoch. *dict. præsumpt. 31. num. 14.*

Subintelligi quoque ex præsumpta testatoris voluntate Codicillarem clausulam volunt Dd. quando testamentum fuit conditum inter liberos: (a) aut testator vocavit eos, quos summoperè diligebat; (b) ob piam causam quid reliquit. (c) 44

a) Ita sentiunt multi, quos congessit Gabriel. Romanus. *d. conclus. 5. libr. 4. tit. de testamentis. numer. 6.* & Menoch. *d. præsumpt. 31. numer. 16.* Atque hanc sententiam probamus, si de commodis ipsorum liberorum, non etiam extraneorum agatur, per text. *in l. ult. Cod. famil. hercis.* & sentit ita Cujac. *in comm. in libr. 6. Responsi Papin pag. 242. col. 2.* (b) Gabr. post alios *d. conclus. 5. num. 1.* & Menoch *d. præsumpt. 31. numer. 17.* At obstitit omninò textus *in l. in testamento 38. ff. de fideicommiss. libert.* (c) Gabr. *d. conclus. 5. num. 5.* & Menoch. *d. præsumpt. 31. nu. 18. & seq.* Giphan. *ad l. ult. C. de Codicillis*, sentit, nullam esse clausulam codicillarem tacitam, sed eam necessariò verbis exprimendam esse. Idem & Claudio Chisletio placet *libr. 3. de fideicommiss. cap. 2. & 3.* ubi ejus argumenta vide. adde Thad. Pison. *libr. 3 var. resolut. cap. 2. num. 9.* Reusner. *de Codicill. cap. 23. num 8 & seq*

Est autem clausulæ codicillaris testamento appositæ ea virtus, ut si testamentum non valeat, heredes ab intestato venientes rogati per eam intelligantur, hereditatem, cæteraque in eo relicta restituere iis, qui in ipso testamento heredes instituti fuerunt; vel quibus aliquid aliud per fideicommissum vel legatum relictum constat. 45

l. coheredi 41. §. quod si heredem. vers. quæ ita locum habebunt, ff. de vulgar. & pupill. substit. l. ex ea 29. §. 1. ubi Br. & alii Dd. *ff. qui testament. facer. possunt. l. 3 in fin. ff. de testam. mil. l. 1 ff. de jure Codicill. l. ult. §. illud quoque, C. de Codicil. l. eam quam 14. & l. ex testam. 29. C. de fideicommiss. Marc. consil. 131. Ex facto proponitur, num. 21.* Alexand. *consil. 12. viso processu, vol. 2.* Decius *consil. 369. Intricas esse numer. 2.* Vide Giphan. *ad l. ult. C. de Codicillis.* Manticam *de conject. ultim. volunt. libr. 6. tit. 4. numer. 16.* Gail. *lib 2. observ. 114. num. 1. & seqq.* Pisonem *lib. 3. variar. resolut. cap. 2. num. 26.*

46 Idque verum est, quamvis agnatione præteriti postumi testamentum ruptum fuerit, (a) vel præteritione sui heredis jam nati, ipso Iure testamentum nullum sit. (b) Specialia tamen fideicommissa testamento relicta non debentur. (c)

a) *l Generaliter 24. §. ex testamento, ff. de fideicommiss. libertatib.* (b) *d l. ex testamento 29. ibi, quod Iure non valet, C. de fideicommiss. l. cum pater 77. § filius, ibi, cum testamentum nullo Iure factum esset, ff. de legat. 2.* Et pertinet hucgeneralitas textuum ad præcedentem thesin adscriptorum. Atque ita docent quoque Iason. Castrensis & alii multi *ad Auth. ex causa, C. de lib. præter.* Idem Iason. *ad Auth. Novissima, num. 24. C. de inoff. testam.* Et consulueruntin hanc sententiam Socinus junior *cons. 107. viso testamento, num. 24. lib. 1.* Decius, *consil. 242. In casu proposito, nu. 2. & consil. 369. Iuridicas esse, num. 2.* Alex. *consil. 26. Circa primum dubium, num. 1. volum. 1.* Phil. Porc. *consil. 131. Ex facto proponitur, num. 21.* Autel. *consil. 18 Petrus ex urbe.* Secuti quoque sunt hanc sententiam gravissimorum judiciorum judices, ut testis est Guid. Pap. *quæst. 323.* & Angel. *d. consil. 18.* Sed obstare huic decisioni videtur, quod accessorium sequitur naturam sui principalis, *c accessorium, de R. I. in 6. l nihil dolo. 129. §. 1. ff. d. t.* Item refragari putatur *l. Titia. 13. in fin. ff. de inoffic. testam.* Sed vide Menoch. *lib. 4. præsumpt. 32.* Vide Assentientem Fachinæ. *lib. 4. controvers. cap. 11.* adde Grassum. *lib. 1. recept. sent. §. codicillus. num. 21.* Clarum. *lib. 3 sent. §. testamentum. quæst 46. num 1.* (c) *d, l. Titia. 13. in fin. ff. de inoffic. testamento l. nec fideicommissa. 36. ff. de legat. 3.* Si tamen enixa appareat testatoris voluntas, circa specialia fideicommissa, vel institutus sit in testamento nullo aut cassato hæres legitimus, debentur illaab intestato hærede legitimo, *l. cum pater 77. § filius. 23. & l. Lucius. 88. §. ult. ff. de legat. 2. l. & testamento. 29. C. de fideicommiss.*

47 Restat ut de Codicillorum infirmatione agamus. Infirmantur autem Codicilli duobus modis; uno modo per se, nempe contraria voluntate; altero modo per consequentiam infirmitate testamenti, si scilicet ex eo pendeant.

Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 19 pag. 179. vers. non si Codicilli.*

48 Et quidem vel nuda contraria voluntate infirmantur, (a) vel aliis Codicillis contrariis declarata. (b)

a) *l. Si Iure 18. ibi, quia nuda voluntate fideicommissa infirmantur, ff. de legat 3.* Donell. *d. cap. 19. pag. 179. lin. 30. & seq.* Ratio est, quia ab initio Codicillorum natura hæc fuit, ut constituantur nuda voluntate, ut arguit, *§. ultim. Instit. de Codicill.* quod licet longissimo pòst intervallo Theodosiana constitutione mutatum sit, quippe quæ testes quinque, & eorumsubnotationem desiderat, *l. ult. §. ult. C. de Codicill.* attamen eadem con-

Digitized by Google

constitutione id mutatum non legimus, quod voluntate nuda infirmari possint Codicilli: quare hoc Ius adhuc vigere credendum est, per text. *in l. præcipimus, § fin. Cod. de appellat.* Revocatio legati duobus testibus probatur. Dn. Besold. *disput. 3. ad Ius Wurtt. thes. 155.* (b) *l. 3. C. de Codicill.* Quæ enim postea geruntur, prioribus derogant, *l. Divi. 4. §. licet in fine, ff. de Iure Codicill.* Et in fideicommissis & legatis, quæ duo, ut supra dictum, Codicillis relinquuntur, novissima voluntas valet, *l. si mihi 12. §. ultim. ff. de legat. 1. l. quod traditum 87. ff. de condit. & demonstrat.*

Alterum quod attinet modum, si cum testamento, vel ante, vel 49
post illud facti sint Codicilli, quia ad testamentum illud pertinent, (a) & pars ejus intelliguntur, (b) atque vires ex illo capiunt; (c) certè infirmato eo testamento, consequenter infirmantur & ipsi Codicilli. (d)

a) *l. Abintestato 16. ff. de Iure Codicill. l. 1. in princ. Cod. de Codicill.* (b) *l. quidam 14. in princ. ibi, quod Codicilli pro parte testamenti habentur, ff. de Iure Codicill. & l. penult. ff. testament. quem aper.* (c) *l 3. §. ultim. ff. de Iure Codicill.* (d) *l. 1. Cod. de Codicill. l. 3. in fin. ff. de Iure Codicill. Quibus autem modis testamentum infirmetur, infra dicemus disputatione alia.*

Quòd si tamen testamentum priùs sit ruptum, quàm Codicilli con- 50
ficeretur, Codicilli per se valebunt, nec quia testamentum priùs factum erat, ideò ad id pertinebunt, ut quia ruptum erat testamentum, etiam intelligantur rupti Codicilli.

Dict. l. 1. C. de Codicillis.

Difficilis est quæstio de posthumo ignoranter præterito, utrum li- 51
cet nativitate sua rumpat testamentum, nihilominus scriptis hæredibus vigore clausulæ codicillaris, testamento subjectæ, hæreditatem restituere, legitima tamen vel Trebellianica detracta, teneatur. Nego.

Per rationes à Fachinæo. *libr. 4. controvers. 12.* Arumæo *exercit. 10. thes. 8.* Thad. Pison. *lib. 3. var. resolut. cap. 3. num. 10. & seqq.* Mantica *de interpr. ultim. volunt. lib. 1. tit. 10.* & aliis adductas. Licet dissentiant Cravetta. *conf. 34 num. 2.* Cephal. *vol. 1. conf. 38. & alii.*

Quæritur an per clausulam codicillarem sustineatur testamentum 52
fratris ruptum per querelam fratris alterius, propter turpitudinem instituti hæredis, ita ut frater conquerens hæreditatem præstare, ex fideicommisso hæredi in testamento scripto, cogatur? Negativa placet sententia.

Etenim qui ex testamento capax non est, ex codicillo non acquirit. *arg. l. qui testamentum 27. ff. de probation.* At turpis persona ex testa-

mento nihil capit. *l. fratres. 27. C. de inoffic. testam.* Vide Simon de Prætis. *de interpret. ultim. volunt. lib. 2. solut. 11. num. 21.* Anton. Gabriel. *lib. 6. commun. opin. titul. d. clausulis. conclus 7. num. 3.* Burſat. *consil. 92. num. 8. lib. 1.* Thadæum Piton. *lib. 3. variar. resolut. cap. 4. num. 3. & seqq.*

CLAS. III. DISPUTAT. VII.

DE FIDEICOMMISSARIIS hereditatibus.

THESIS I.

1 DIcemus de hinc de communibus testamenti, & Codicilli partibus, fideicommisso, scilicet & legato. Fideicommissum est, dispositio *(a)* ultimæ voluntatis, *(b)* quâ ille, qui ex ejusdem disponentis bonis, quid capit, *(c)* rogatur, *(d)* ut alii quid det, *(e)* vel faciat: *(f)* ita dictum, quod fidei heredis, vel alterius, à quo quid relinquitur, disponens committit, ut aliquid det, vel faciat alteri. *(g)*

a) De fideicommissis videre licet Peregrinum & Chifletium *tract. singularibus.* habet insuper Excellentiss. Dn. D. Besold. *tom. 1. consil. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.* An fideicommissa censeantur favorabilia an odiosa vide Cævallos *quæst. 674.* Fideicommissi appellatio aliquando significat ipsam dispositionem, quâ quid relinquitur, *ut in §. restituta autem, vers. & Neronis, ibi, ut si hereditas ex fideicommissi causa: item ibi, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas, §. sed quia heredes, ibi, extinguebantur fideicommissa, & vers. ex singulis, ibi, quæ per fideicommissum relinquuntur. Item, vers. post quod, ibi, ex fideicommisso recipiebat partem, & vers. unde quæ solebant, ibi, qui ex fideicommisso recipit hereditatem, quia prima, vers. nuper & nos, ibi, ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur. Instit. de fideicommiss. hereditat. Item tit. Inst. de sing. rebus per fideicomm. relict. tum in ejusdem tit. princ. ibi, singulas per fideicommissum relinquere. §. qui autem, ibi, ex fideicommissi causa manumittitur, & §. verba autem fideicommissorum, l. cum filiofam. 11. in fin. l. si res obligata 57. ibi, per fideicommissum fuerit relicta, & l. seq. ibi, ex causa fideicommissi, ff. de leg. 1. cum similibus.* Aliquando verò denotat non ipsam dispositionem, sed

rem,

rem, quæ per eam diſpoſitionem relinquitur, ut in §. *& quia prima, verſ. nuper, ibi, ſpeciale fideicommiſſum reſtituat. Item, ibi, ad fideicommiſſi ſolutionem coarctari, Inſtit. de fideicommiſſ. hered. & l. 2. ibi fideicommiſſum poſſe relinquere, ff. de leg. 1. l. nutu. 21. ibi, relinquitur fideicommiſſum, ff. de leg. 3. Vlpian. in Inſtit. tit. 25. de fideicommiſſ. §. etiam nutu & §§. ſeqq.* Similiter legati nomen ſignificat vel ipſam diſpoſitionem, quâ res quædam alicui legatur, vel rem ipſam, quæ legatur. Diſpoſitionem eam denotat *in §. ſi quis debitori, ibi, legatum utile eſt, §. ex contrario, ibi, inutile eſt legatum. Item, ibi, utile eſt legatum. §. ſed ſi uxori, ibi, plenius eſt legatum, Inſtitut. de leg. §. præterea, ibi, cùm alioqui legata niſi ex teſtamento non valeant, Inſtitut. de fideicommiſſ. hered.* At rem ipſam, quæ legatur, deſignat *in l. & quidem 18. ibi, legatum petere. & l. ſeq. in princ. ibi, legata inutiliter data. Et §. ult. ibi, in legato pluribus relicto, ff. de leg 1. & §. ult. tit. 24. de legat. in Inſtit. Vlpian & tit. Inſtit. Iuſtiniani de fideicommiſſ. hered. in princ. verſ. Quib. enim, ibi, vel legata relinquere.* Sed quia legatum dicitur exæquatum fideicommiſſo, *l. 1. ff de leg. 1. § ſed non uſque, Inſtit. de legat. & l. 2. C. commun. de legat.* Ipſumque legatum definitur donatio, *in §. 1. Inſt. de legat. & l. legatum 36 ff. de legat 2.* Sequitur inde, ut legatum propriè ſignificat ipſam legantis diſpoſitionem; ita quoque fideicommiſſi nomen propriè denotare diſpoſitionem fideicommittentis (b) *l. ult. §. ult. C. de Codicill. junct. § & quia. verſ. nuper & nos, Inſtit. de fideicommiſſ hered.* (c) *§. hoc ſolum obſervandum. Inſtit. de ſing. reb. per fideicom. relict. & ibidem etiam in princ. verſ. & vel ipſam, & §. 1. Inſtit. de fideicommiſſ hered.* Neque refert, capiat quid ex ejus teſtamento, vel ipſo inteſtato mortuo, *§. non tantùm autem, Inſtit. de Codicill. l. ex ſcriptura 29. §. 1. ff. qui teſtament fac. poſſ. l. Scævola 76 ff. ad SC. Trebell.* (d) *Inſt. d tit. in princ. ibi, de quo rogatus erat, & verſ. & ideò, ibi, qui rogabantur, & verſ. ſeq. ibi, rogatus quis diceretur, § tum igitur. § ſed quia, ibi, reſtituere rogabantur. Item, ibi, qui rogatus eſſet, & verſ. Ergò ſiquidem, ibi, heres rogatus ſit, §. ſed ſi recuſabant, ibi, cui reſtituere rogatus eſſet. Item tit. Inſtitut. de ſing reb. per fid. relict. in princ. ibi, heredem rogare, & §. ultim. l. coheredi, §. cùm filia. ff. de vulg. & pupill ſubſtit. l. cum proponebatur 64. l. 4 ff de leg 2 Vlpian. in Inſt. tit. 25. de fideicommiſſ in princ. ſed precativè relinquitur.* (e) *§. poteſt autem, & § ſeq. Inſtit de ſing. reb. per fideicommiſſ relict. §. Codicillis autem, Inſtit. de Codicill* (f) *veluti ſervum manumittat. §. libertas quoque, Inſtitut. de ſing reb. per fideicommiſſ relict.* (g) *§. & quia prima, & §. & ideò fideicommiſſa appellata, Inſtit. de fideicom. hered.* Succedit autem fideicommiſſarius ipſi teſtatori, non fiduciario heredi, *l. coheredi 41. § 3. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. l precibus, § in fin.* ubi Salic. *num. 5.* Alex. *num 4 C. de imp. l & alii in ſubſt.* Mantica *de conject. ultimar. voluntat lib. 8. t. 18 n 66.*

Et

2 Et solet fideicommissum maximè his verbis relinqui; peto, rogo, mando, volo, fidei tuæ committo, (a) deprecor, cupio, injungo, desidero, (b) jubeo, (c) impero, (d) quæ verba dicuntur vulgaria fideicommissorum verba. Item precaria, inflexa, obliqua verba. (e)

a) § *Vlt. Inst. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* §. *in primis igitur. Inst. de fideicom. hered. l. 2. C. communia de legat. & fideicom.* (b) *l. etiam hoc modo. 115. l. eo modo. 118. ff. de leg. 1.* (c) *l. Aurelius 28.* §. *quidam ita. ff. de liberat. leg.* (d) Iul. Paul. *lib. 4. sent. 5. 1.* Duo illa postrema verba, Iubeo & Impero, idem significant, quod, Volo, sive, Cupio, Cujac. *ad Iul. Paul. dict. tit. 1.* §. *fideicommittere*, (e) *l. eam, quam frater 14. ibi, verbis precariis, C. comman. de legat. & fideicommiss. l. quoniam 15. ibi, aut inflexis, C. de testam.* Cujac. *lib. 11. observ. c. 25.* Quibus modis fideicommissum constituatur vide Francisc. Vivium *decis. 186.*

3 Est autem duplex fideicommissum; fideicommissum scilicet universitatis; & fideicommissum speciale.

l. Vlt. C. de fideicommiss. l. generali, 13. C. de SS. Eccl. Ang. Mattheac. *in tr. de legat. & fideicommiss. lib. 1. c. 2. n. 4.*

4 Vniversitatis fideicommissum est, per quod disponens jubet, sive rogat heredem suum, alii cuidam hereditatem restituere: (a) quo modo hereditas relicta; fideicommissaria, item fideicommissa hereditas dicitur: (b) & heres qui rogatur hereditatem disponentis restituere alii, fiduciarius dicitur heres; (c) atque ille, cui restitui hereditas jubetur, fideicommissarius appellatur heres. (d)

a) §. *Directo autem 3. Inst. de Codicill.* §. *in primis igitur 2. &* §. *nihil autem interest. 8. Inst. de fideicommiss. hered. l. 1.* §. *hoc autem SC. & l. 1. ff. ad SC. Trebell.* (b) *Rubr. Inst. de fideicommiss. hered. l. postulante. 44. in pr. & l. Sejus Saturninus 46. ff. ad Senatusc. Trebell.* (c) *dict. l. Sejus Saturninus 46. ff. d. t.* (d) §. *sed quia stipulationes, in fin. ibi, in fideicommissarium, &* §. *seq. ibi, fideicommissario, &, ibi, fideicommissarius desideret. Inst. de fideicommiss. hered.* qui propriè heres non est, sed tanquam heres. §. *Ergo si quidem non plus, ibi, tanquam in heredem. Inst. d. t.* & loco heredis habetur. *l. postulante 44.* §. *sed in hujusmodi. vers. Nam & quodammodo, ibi, & haberi heredis loco. ff. ad SC. Trebell.*

5 In hoc autem universitatis fideicommisso spectantur tùm personæ, quæ hereditatem per fideicommissum relinquere; & à quibus; item quibus relinquere possint: tùm modus deferendi per fideicommissum hereditatem: tum denique executio fideicommissariæ heredis institutionis.

6 Per fideicommissum relinquere possunt hereditatem, qui testandi jus habent.

l. 1. In princ. & §. hi quibus. ff. de leg. 3. l. Divi Severus. 6. §. pen. & ll. conficiuntur. 8. §. Codicilli. ff. de jure Codicillorum. l. 114. ff. de legat 1. vide *supr. disp. præcedent. th. 1. lit. C. & th. 20 infr. hac disp.*

Et ab iis relinqui universitatis fideicommissum potest, ad quos 7
hereditas fideicommittentis ex testamento, vel ab intestato perventura est.

§. In primis igitur. 2. & §. præterea 16. Inst. de fideicom. hered. l. 1. §. hoc autem SC. ff. ad SC. Trebell.

Fideicommissarius quoque hæres rogati potest, ut rursum alii fidei- 8
commissariam hereditatem restituat.

§. Eum quoque 10. Inst. de fideicommiss. heredit. & d. l. 1. §. de illo quæritur. 2. ff. ad SC. Trebell. Nec is tantum cui aliquid relinquitur sed etiam hæres onerari fideicommisso potest. *l. si fuerit. 5. §. 1. ff. de legat. 3.* Angel. Matthæac. *de legat. & fideicommiss. lib. 2. cap. 2. n. 4.*

Et licet non expressè designetur persona, à qua fideicommissum 9
alicui relinquitur; valet tamen fideicommissum, & semper hoc onus hæredis est; vel testamentarii, si testamentum fiat; vel legitimi, si intestatus fideicommissum Codicillis relinquat: (a) quippe cùm omne legatum & fideicommissum hæres regulariter solvere teneatur. (b)

a) *l. Eam quam 14. C. de fideicom. l. si quis priore 29. & l. Scævola. 76. ff. ad SC. Trebell.* (b) *l. 2. C. de legat.*

Quod attinet personas, quibus per fideicommissum hereditas re- 10
linqui potest; primitus quidem relinqui potuit etiam his qui non possunt heredes directò instituui; (a) ut sunt peregrini: (b) verùm hodiè illis duntaxat per fideicommissum hereditas defertur, qui & directò heredes instituui possunt. (c)

a) *§. 1. Vers. quibus enim non poterant. Institut. de fideicommiss. hered.* (b) *l. 1. C. de hered. inst.* (c) *l. in fraudem. 10. ff. de his, quæ ut indign. auferr. §. legari. Inst. de legat. innct. l. 1. ff. de leg. 1. & l. 2. C. commun. de legat. & fideicommiss.*

Quod si tamen fideicommissarii nomen testamento vel Codicillis 11
adscriptum non sit alii personæ, neque certæ, neque incertæ datum fideicommissum videtur. (a) Adscribitur tamen quandocunque fideicommissarii nomen hæredes præcisè, sed tacitè. (b)

a) *l. 4. ff. De reb. dub.* (b) *l. qui filium 74. ff. ad SC. Trebell.*

Modus deferendi hereditatem per fideicommissum conceditur, 12
vel non concedatur.

Modus qualitatis continetur partim expressa, vel tacitâ voluntate 13
disponentis: partim testamentaria vel Codicillari dispositione: partim denique hoc in casu, quod purè, vel ex die, vel sub conditione hereditas per fideicommissum detur.

14 Expressâ voluntate defertur per fideicommissum hereditas, si quis verbis fideicommissorum vulgaribus heredem suum expressè jubeat hereditatem alteri restituere.

l. Libertates 16. ff. de fideicom. libert. de hisce verbis est thesis 2.

15 Tacitâ voluntate per fideicommissum defertur hereditas, ubicunque intelligitur aliquis hoc sensisse, ut hereditas sua alii restituatur, licet verbis fideicommissorum vulgaribus usus non sit: (a) ut si pater filio suo impuberi heredi instituto directò in Codicillis substituat. Hac enim expressâ substitutione in Codicillis facta defertur tacitè hereditas fideicommissaria substituto. (b)

a) *l. Libertates 16 in fin ff. de fideicom. libert. l. ubi purè 19. §. 1. & l. 74. ff. ad SC. Trebell.* (b) *l. Scævola 76. ff. dict. t.* sed vide dissentientem Ioan. Vaud. *lib. 2. var. quæst. quæst. 12.*

16 Si quis item heredem suum roget, ut is aliquem, quem nominat, puta Titium, heredem faciat: videtur enim per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei, quem nominat, restituat, id est, quicquid ex hereditate suâ consecutus est, ei restitueret.

l. Ex facto 17. in pr. ff. ad SC. Trebell.

17 Similiter tacitè defertur fideicommissaria hereditas, si testator, qui filium & filiam habet, ita de filia sua caverit: *Mando tibi, ne Testamentum facias, donec liberi tibi sint.* Per hoc enim, quòd prohibuit filiam essari, petisse intelligitur, ut fratrem suum heredem faceret, hoc est, ut ei hereditatem restitueret.

l. Qui filium 74. in pr. ff. ad SC. Trebell.

18 Ad hæc tacitâ voluntate defertur fideicommissaria hereditas, si quis priore testamento, jure perfecto, posterius æquè jure fecerit, & in eo heredem ex certis rebus instituerit. Hoc enim casu intelligitur testator velle, ut heres posteriore testamento scriptus, rebus sibi datis contentus, aut suppletâ quarta, restitueret hereditatem his, qui in priore testamento scripti fuerant.

§. *Sed & si quis*, ubi Ioan. Schneidew. *Inst. quib. mod. testam. infirm. & l. si quis 29. ff. ad SC. Trebell.* Natta *consil. 483. numer. 18. & seq. & consil. 527. numer. 7.*

19 Quamvis autem Donellus (a) putet, quòd præter casus jam adductos quatuor, nulli alii sint, quibus fideicommissaria hereditas tacitè defertur, plures tamen esse non dubitamus. (b)

a) *Lib. 7. Comment. cap. 17.* (b) *per l. milcs. 75 in pr. & l. pen. 69. in princ. ff. de legat. 2. l. fideicommissa 11. §. si quis ita. ff. de leg. 3.* In fideicommissis enim voluntas magis, quàm verba plerumque intuenda sunt. *l. cùm virum 16. C. de fideicommiss. l. heredes 57. & l. 19. ff. ad Senatusconsult. Trebell.*

Trebell. l. quisquis 95 ff. de leg. 3. Et qui loqui non possunt propter supervenientem morbum, si auditus capaces sint, interrogati nutu possunt fideicommittere. *l. nutu 21. ff. de leg. 3. l. servo 65. §. pen. ff. ad SC. Trebell.* Memorat varios casus Simon de Prætis *de interpretat. ultim. volunt. lib. 3. solut. 12. num. 9. & seqq.* Denique Menoch. *lib. 4. præsumpt. præsumpt. 68.* quindecim proponit conjecturas, quibus colligitur, defunctum voluisse hereditatem suam per fideicommissum alicui deferre. vide Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observ. 135. n. 4. 6. 7. & seqq.*

Alter qualitatis modus, quo fideicommissaria hereditas defertur, hic est, quod vel testamento, vel Codicillis datur. 20

§. Præterea. 10 Instit. de fideicom. heredit. § directo autem hereditas. 2. Instit. tit. de Codicill. l. 2. C. d. tit. Sed an fideicommissa & substitutiones contractu fieri possint, examinat Iohan. Vincent. Honded. *volum. 2. consil. 42.*

Testamento hæc defertur hereditas, si quis recto jure prius sibi heredem instituat, ejusque fidei committat, ut eam hereditatem alii restituat: veluti si quis testamento ita scribit: *Lucius Titius heres esto*, & adjiciat, *rogo te Luci Titi, ut cum primum potueris hereditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas.* 21

Dict. l. in pr. & §. igitur. 2. Inst. de fideicommiss. hered. l. 2 §. hoc autem Senatusc. ff. ad Senatusc. Trebell.

Codicillis defertur fideicommissaria hereditas, si quis ea voluntate, qua recto jure (*a*) non habet heredem, (*b*) rogat aut jubet institutum testamento, (*c*) vel legitimum, ut honorarium (*d*) heredem, ut alii hereditatem reddat, restituat. 22

a) *§. Directo autem, Instit. de Codicill. & l. 2. C. d. tit. Cajus lib. Instit. tit. 7. in princ.* (b) *l. eam quam 14. C. de fideicommiss.* (c) *l. conficiuntur 9. in princ. ff. de jur. Codicill.* (d) *§. præterea intestatus Instit. de fideicommiss. heredit. l. recusare 6. §. meminisse. ff. ad Senatusc. Trebell.*

Qui ergo in Epistola vel libello, vel sine scriptura, aut etiam nutu heredem suum rogat alii hereditatem suam restituere, is Codicillis hereditatem deferre dicitur. 23

l. Et in epistola 22. Cod de fideicommiss. l. & sine scriptura. 5. Cod. ad SCtum. Trebellian.

Quia vero Codicillorum ordinatio quinque requirit testes, (*a*) non aliter valet fideicommissum, quàm si quinque testes ei sint adhibiti, (*b*) & testium subnotatio facta, in scriptis si ordinati sint Codicilli. (*c*) 24

a) *l. Ultim. §. ultim. Cod. de Codicill.* (b) *§. & quia prima. 12. §. fin. ibi, neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus*

esse nosci tur Instit. de fideicommiss. heredit. & l. ult. C. de Codicill. (c) d. l. ult. in fin. C. de Codicill.

25 Quod si tamen adhibiti non sint quinque testes, sed vel pauciores, vel nulli, ex voluntate fideicommissarii jurejurando heredis manifestari potest, relictum esse fideicommissum, vel non esse relictum.

§. Et quia prima. 12. Instit. de fideicommissar. hereditat. & l. ult. C. de fideicommiss.

26 Donatione quoque mortis causa fideicommissum alicui rectè dari negamus.

Id enim nusquam traditum est, ut quoque modo fideicommissum relinquatur. Et fideicommissum ex sola fideicommittentis voluntate pendet, nec requirit conventionem, quam tamen de fide est mortis causa donatio. Sed alii dissentiunt, per l. si mortis 5. & l. in donationibus 12. C. ad l. Falcidiam.

27 Tertius qualitatis modus, quo fideicommissaria hereditas defertur, ut dixi, hic est, quando vel purè, vel in diem certum, vel sub conditione per fideicommissum hereditas alicui datur. (a) Quòd si purè relicta sit per fideicommissum hereditas, dies ejus cedit, & venit statim à morte disponentis. (b)

a) §. Potest autem quisque. 3. vers. & liberum est. Instit. de fideicommiss. hered. (b) l. unic. §. sin autem aliquid. Cod. de caduc. tollend. l. cedere diem 213. ff. de verbor. signific. Andr. Gail. lib. 2. observ. practic. observ. 132. numer. 2.

28 Quòd si in diem data sit fideicommissaria hereditas veluti, si cautum sit, ut heres post annos decem alteri hereditatem restituat: (a) nunc statim quidem à morte testatoris cedit fideicommissi dies, sed nondum venit: unde peti fideicommissaria hereditas non potest, antequam dies ille, ex quo relicta est, venerit. (b)

a) §. Heres & purè, Instit. de hered. Instituend. (b) dict. l. cedere diem 213. ff. de verb. signif. Item obstare videtur d. §. heres & purè, Instit. de hered. instit. l. cum qui. 41. circa fin. ff. de verbor. obligat. & l. si in diem 46. ff. de condit. & demonstrat. intricatæ est quæstionis, si maritus instituat uxorem in omnibus bonis relictis, ea lege, & conditione, ut post mortem ipsius conjugis pars omnium bonorum mariti proximioribus hæredibus restituatur, quis eo tempore hæredis appellatione veniat? an ii qui proximiores erant cum testator moreretur, vel ii, ubi tempore conditionis evenientis proximi extiterunt: & Tempus mortis ultimi decedentis conditionem implere statuit Dn. D. Beleld. vol. 2. consil. 27. & volum. 3. consil. 105. adde Fachinæ. libr. 4. controvers. 88. in princ. Honded. consult. 49. n. 9. vol. 2. Hartman. Pistor. observat. 163.

Sub

Sub conditione defertur fideicommissaria hereditas; quando ejus 29
adquisitio in aliquem eventum differtur: *(a)* veluti si testator fidei heredis sui committat, ut post mortem suam, atque ita ex die incerto alteri, puta Mævio, hereditatem reddat, restituat. *(b)* Item, si heres rogetur, ut restituat hereditatem, cùm morietur. *(c)*

a) *l. Vnic. §. sin autem Cod. de caduc. toll. & §. sub conditione. Instit. de verb. obligat.* (b) *l. 3. ff. quando dies legat. ced. l. dies incertus 75. ff. de condit. & demonstr. & l. talis scriptura 30. §. sed essi sub conditione, ibi, quia dies incertus appellatur conditio. ff. de leg. 1.* (c) *l. uxorem. 41. §. pen. ff de leg. 3. l. 4. ff. quand. dies legat. cedat. l. heres 79. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 90.* & Claud. Chifletus *in tract. de jur. fideicommissor. libr. 2. cap. 8.* quæ conditio intelligitur de morte naturali. Vivius. *decis. 209.*

Vbi autem sub conditione, quid relictum est, neque cessit, neque 30
venit dies, pendente adhuc conditione: *(a)* Id est, neque nata est obligatio, & jus petendi, neque facultas persequendi, & petendi delatum fideicommissum extitit. *(b)*

a) *Dict. l. cedere diem. 213. ff. de verb. signific.* (b) *l. 5. §. 2. ff. quand. dies legator. cedat. l. conditionales. 54. ff. verb. signif. §. sub conditione. Instit. de verb. obligat.* Proindeque fideicommissario ante fiduciarium heredem mortuo expirat fideicommissum, Andr. Gail. *libr. 2. observat. pract. observ. 133. num. 1. & seqq.* Modestin. Pistoris, *part. 4. quæst. jur. 131. n. 194. & seqq.* Sed an hæres fideicommisso conditionaliter gravatus, fructus pendente conditione perceptos faciat suos, vide Gail. *libr. 2. observat. 133.*

Quandoque etiam sub hac conditione, Si sine liberis heres decesserit: etiam tacitè adposita, fideicommissaria hereditas alicui datur. Tacitè, inquam: veluti si testator aliquem ex liberis suis à se institutum heredem jusserit hereditatem alii restituere. Hujusmodi enim fideicommissum hanc tacitam continet conditionem, si filius ille sine liberis decesserit. 31

l. Cum acutissimi 30. ibi, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere Cod. de fideicommiss. l. cùm avus 102. ff de condit. & demonstrat. Etiamsi naturalis sit, qui ita rogatus est. *l. 6. §. 1. Cod. de institut. & substitut.*

Hujusmodi autem expressa vel tacita conditio deficit: vel uno filio 32
superstite relicto, *(a)* aut filiâ relictâ, *(b)* etiamsi naturalis sit, & testatorem eam quoque fuisse intelligatur. *(c)* Adoptivi tamen liberi non continentur hac conditione. *(d)*

a) *l. Pater Severianam 101. §. ita fideicommisso. ff. de condit. demonstr.*

(b) *l. à filia 62 in princ. l. heredibus 77. in fin. ff. ad SC. Trebell.* (c) *l. ex facto. 17. §. si quis rogatus. ff. dict. tit.* Honded. *vol. 1. consil. 67.* (d) *l. fideicommissum 76 ff. de condit. & demonstr.* Gail. *lib. 1. observat. 136. num. 13. & seqq.* Conditio si decesserit sine liberis an & quando deficiat propter existentiam fœminæ ex ea natæ Honded. *vol. 1. consil. 57.* An vero conditio si sine filiis etiam ad filias extendatur tractat Baptist. Caesar. *part. 3. consil. illustr. consil. 48.*

33 Sed ardua movetur quæstio, diu multumque agitata; utrum liberi illi, in conditione positi, sint etiam in dispositione, id est, si conditionem extinguamus, in fideicommisso illo parentis sui heredes sint; an verò sint fideicommissarii heredes testatoris? Nos hoc posterius, non prius illud, approbandum putamus: *(a)* proindeque parenti fideicommissum illud dissipare integrum non est. *(b)*

a) *l. Lucius Titius. 85. ibi non enim fratrem solum heredem prætulit substitutu, sed & ejus liberos ff. de hæred. institut. l. ult. C. de institut. & substit. l. ex facto. 17. §. 4. vers. Mihi autem. ff. ad SC. Trebell. dict. l. cum acutissimi. 50. ibi, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere. C. de fideicommiss. dict. l. cum avus 102. ibi, quod minus scriptum, quam dictum ff. de condit. & demonstr. l. pero 69. §. fratre, ibi, ut proximus quisque proximo loco videatur invitatus, l. cum pater 77. §. fidei heredum. 11. ibi, secundum voluntatem eos quoque invitatos intelligendum, & §. volo. 13. ff. de leg. 2. l. heredes mei 57. §. 1. ibi, sed cùm in fideicommisso voluntatem spectari conveniat. ff. ad Senatusc. Trebell. l. generaliter. 6. § cum autem ibi, humanitatis intuitu. C. de inst. & substit.* Confert eodem text. *in l. 1. C. de pact.* qui ostendit, non valere pactum, si heres fiduciarius tempore pacti liberos haberet. Juvat eandem sententiam text. *in l. ex facto. §. ex facto. 17. ff. ad Senatusconsultum Trebell.* ubi liberi in conditione positi ante patris fiduciarii heredis deportationem concepti faciunt deficere conditionem fideicommissi. Qui autem in utero sunt pro natis habentur suo non alterius favore *l. qui in utero, 7. ff. de statu hom.* sunt ergo etiam in dispositione. Et certe quando testator suo filio per fideicommissum substituit extraneum hac conditione, si filius sine liberis decesserit, multo magis censetur etiam filio substituere ejus liberos, quorum in conditione meminit: Denique transmissarius, qui ex jure suitatis & sanguinis, jus adeundi ad hæredes suos transmittit sub hac conditione, instituto si hæres non erit, Sejus hæres esto, substitutum jure excludit, *l. un. §. cum autem. 13. C. de caduc. tollend.* ut & Theodosianus transmissarius *l. unic. C. qui ante apert. tabul.* Cum uterque transmissarius censeatur etiam institutus. *arg. l. si paterfamilias. 40. ff. de hæredib. institut. & §. ult. Inst. de vulgar. substitut.* Multò magis ergò in dispositione est filius qui est in conditione. Atque hanc

sen-

sententiam defendit etiam Claud. Chiffletius *in tract. de jur. fideicommiss. lib. 2. cap. 14.* Fachinæ. *lib. 4. controv. c. 51.* Boër. *decis. 155.* Coraſ. *lib. 2. miscell. jur. civil. cap. 19* Menoch. *lib. 4. de præsumpt. 76.* Mantica *de conject. ult. voluntat. lib. 11. tit. 2.* Gœdd. *post alios quos refert. in l. 148. num. 5. ff. de verb. signif.* Dissentit Guid. Pap. *quæst. 39.* & Alexand. *consil. 188.* per *l. Lucius 85. in fin.* ubi gl. *in verb. liberis. ff. de hered. institut. l. potest 36. & l. seq. ff. de vulg. & pupill. substit. l. si quis 82. ff. de hered. instituend. l. ex facto 17. §. ex facto. ff. ad Senatusc. Trebell. l. filiæfam. 114. §. sum erit. 13. ff. de legat. 1.* & Dd. communiter Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observat. 136. num. 18.* Peregr. *tract. de fideicommiss. artic. 28. num. 5.* Du. Harppr. *ad §. 11. Inst. de hæredib. instit. num. 8. & seqq.* Anton. Faber. *de error. pragmat. decad. 26. err. 1. 2. 3 & 4.* (b) *d. l. peto 69. §. frustre herede ff de leg. 2. l. Marcellus 3. §. resqua. ff. ad SC. Trebell. l. fin. §. sed quia nostra, & § seq. C. commun. de legat.*

Quæritur & illud, an pendente conditione, *si sine liberis*, de fidei- 34
commisso transigere liceat? Ex constitutionibus id licere non ambigimus, sive simplex (*a*) sit fideicommissum, sive reciprocum. (*b*)

a) *l 1.* Vbi Donell. & alii. *C. de pact.* Claud. Chifflet. *in tract. de jur. fideicom. libr. 2. cap. 16.* Donell. *ad d. l. de fideicommiss. num. 2. C. de transact.* Obstare videtur. *l. si ita scriptum. 41. §. 1. ff. de leg. 2.* (b) *l. cum proponas 16. C. d. t. & l. de fideicommisso 17. C. de transact.* obstare videtur *Paul. lib. 4. sent. 1. 1. §. rogati invicem.* De fideicommisso sub hac conditione relicto late agunt Altorflin. *consil. 86.* Reusner. *vol. 3. cons. 24.* Matth. Wesenb. *cons. 94.*

Et hæc de qualitatis modo. Quantitatis modus eo continetur, quòd vel tota hereditas, vel ejus pars per fideicommissum alicui 35
detur.

§. Potest autem quisque, & §. nihil autem interest. Inst. de fideicommiss. hered. l. ita tamen 27. §. Trebellianum ff. ad SC. Trebell.

Reliquum est, ut differamus de executione fideicommissi universi- 36
tatis. Ejus partes duæ sunt: Necessaria hereditatis aditio, & restitutio hereditatis.

Quòd si recuset directò instituendus adire hereditatem, desiderante fi- 37
deicommissaria, & periculum hereditatis in se recipiente, per Magistratum, sive ordinarium judicem, veluti Prætorem extraordinem cogi potest, ut hereditatem adeat.

§. Sed quia stipulationes. 7. vers. sed etiam id. Inst. de fideicommiss. hæredit. l. 4. & l. 6. §. pen. l. nam quod 14. §. 1. §. si quis compulsus, & § seq. ff. ad SC. Trebell. Anton. Gomez. *Tomo 1. c. 5. n. 14. var. resol.*

Quòd si ipse Magistratus heres directus sit, cujus officium hac in 38
causa

Digitized by Google

causa implorandum esset, siquidem alius par Magistratus in eum invitum non habeat Imperium, Principis auxilium implorandum est.

l. Ille a quo 13. §. pen. ff. ad SC. Trebell.

39 Si jussus heres non adeat hereditatem, actio in factum fideicommissario in eum datur, in id, quod interest.

Argum. l. si poenam 68. l. stipulationes non dividuntur 72. in princ. vers. Celsus. l. 81. in princ. de verb. oblig. et. l. 1. in princ. ff. de verb. obligat. l. 1. in princ. ff. de action. emption. l. si quis ab alio 13. ff. de re judic. Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 25. pag. 196.*

40 Si tamen dandæ pecuniæ conditio adscripta sit fideicommisso, non aliter cogi heres potest, quàm fideicommissarius ei pecuniam offerat, atque ita impleat conditionem adscriptam. (a) Indignus enim videtur, ut ex voluntate defuncti aliquid consequatur, qui ipsius defuncti supremas preces destituit. (b)

a) *l. Sed sciendum 7. l. facta 65. §. si dandæ. ff. ad SC. Trebell.* (b) *l. ult. in fin. C. de fideicom. l. si patronus 55. §. qui fideicommissum. vers. cur enim non videatur. ff. ad SC. Trebell.*

41 Quòd si etiam certo loco heres adire hereditatem jussus sit, cogi non potest, ut adeat, priusquam ei fideicommissarius sumptus ad iter explicandum necessarios præstet.

l. 6. §. Ult. & d. l. sed sciendum 7. ff. ad SC. Trebell.

42 Neque potest heres cogi, ut adeat, si sua quid interesse prætendat, nisi ei damnum vel lucrum à fideicommissario, vel à Prætore onus, quod recusat, remittatur.

l. Apud Julianum 41. in pr. ff. d. t.

43 Denique salutis & dignitatis, ut & ætatis, & Juris ratio habenda est, ut si quid horum verè prætendatur, fiduciarius confestim non cogatur.

Dict. l. sciendum 7. & l. seq. ff. d. t. juris, inquam, id est, liceat heredi eò, ubi adire hereditatem jussus est, ire, necne.

44 Sequitur executionis fideicommissariæ pars altera, restitutio hereditatis aditæ; ad quam heres fiduciarius hodie etiam invitus tenetur. (a) In hac autem consideratur tùm juris remedium, quo ad restituendam hereditatem heres gravatus cogi potest: tùm modus restituendi fideicommissariam hereditatem: tùm quid veniat in hanc restitutionem, & quantum sit restituendum.

a) §. *Sciendum itaque 1. vers. quod quia justum. Inst. de fideicom. hered. l. 1. §. 2. ff. ad SC. Trebell.*

45 Remedium illud juris est extraordinaria persecutio, sive officium judicis, ut vocant, nobile.

l. Pecuniæ verbum 178. §. actionis verbum. ff. de verb. signif. Ulpian. *Instit.*

ſtit. tit. 25. §. fideicommiſſa non per formulam gloſſ. *in l. ſi legatus 30. in princ in verb. Iudicium ff. ad Senatuſc. Trebell.* Sylveſt. Aldobrand. *ad gl. in §. 1. in verb. nullo vinculo.* & ibidem Weſemb. *in verb Iuriſdictionem, Inſtit. de fideicommiſſ. heredit.* Gloſſa tamen *in l. 5 & ſine ſcriptura 5. in verb. conventos. C. ad Senatuſc. Trebell.* & in *l. reſtituta 37. in princ. in verb. earum. ff. d. tit.* item *in §. Codicillis. in verb. relinquit Inſt. de Codicill.* & in *l. ult. in verb. agnationis, in fin. C. de Codicill.* affirmat, nullâ actione ex teſtamento heredem à fideicommiſſario conveniri poſſe. Gloſſam ſequuntur Ang. Fab. Porc. & cæteri, *ad d. §. Codicillis. Inſtit. de Codicill.* Sed Bart. *in l. ſi legatus 30 ff. d. t.* gloſſæ opinionem eo caſu veram eſſe ſcribit, quo directus heres ſponte hereditatem adit: Sin recuſet heres adire hereditatem, officio Iudicis nobili eum compelli, ut & adeat, & reſtituat hereditatem. Cæterum Andr. Gail. *libr. 2. obſerv. pract. obſerv. 131. num. 1. 2. & 3. verſ. & diverſa ratio* adit, quòd fideicommiſſarius, & officium Iudicis nobile, & actionem ex teſtamento habeat. Oldendorp. *Claſſ. V. act 7 num 5.* ſcribit, fiduciarium heredem cogi officio judicis, ut adeat hereditatem: Sed poſt aditionem conveniri ipſum actione ex teſtamento, ut reſtituat hereditatem. At Ioh. Vaud. *lib. 2. quæſt. quæſt. 38.* arbitratur, fideicommiſſariam hereditatis petitionem. Cui obſtat, *l. ult §. pen. ff de fideicommiſſ. heredit. petit.* Quomodo autem formandus ſit libellus in hac actione, vide Peregr. *tract. de fideicom. artic. 45. n. 13. 14. & 15.* Et ubi fideicommiſſum peti debeat Chriſtinæ. *vol. 2. deciſ 163.*

Non ſolùm tamen ipſi fideicommiſſario extraordinaria illa perſe- 46
cutio conceditur, ſed & ejus ſucceſſoribus, ſi contingat, ut moriatur fideicommiſſarius, antequam fideicommiſſi reſtitutio facta ſit; modò tamen conditionale non ſit fideicommiſſum.

l. Poſtulante 44. in princip. l. cogi poterit 16. §. idem Macianus. ff. ad Senatuſc. Trebell. l. 3. Cod. de fideicommiſſ. Andr. Gail. *lib. 2. obſervat. practic. obſervat 131. & obſervat. num. 1. & ſeqq.* Anton. Gomez. *variat. reſolut tom. 1. cap. 5. numer. 9. & 14. verſ. item quæro, ſi fideicommiſſarius decedat.* & Donell. *libr 7. Commentar. cap. 20.* Diſſentit Vaud. *libr. 2. variat. quæſt. quæſt 1.*

Quòd ſi conditionale ſit fideicommiſſum, & fideicommiſſarius decedat, antequam exiterit conditio, ad ſucceſſores ipſius jus perſequendi fideicommiſſum non tranſit.

l. 1. §. 14 ff. ut legat. ſeu fideicom. ſervand. §. ſed hodie. Inſtit. de legat 47
l. heres meus 78 ff. de condit. & demonſtr. vide ſupr. *theſ 30 ſub allegat. lit B,* Andr. Gail. *libr 2. obſervat. practic. obſervat. 132.* Gomez *tom. 1. variat. reſolut. cap. 5. num. 9.* Peregrin. *de fideicommiſſ. artic 21 num 1. & artic. 22. num 3. vidal. cogi §. Macianus, & §. Idem Macianus, ff. ad Senatuſc. Trebell.*

& l. à testatore 109. ff. de condit. & demonstrat. Dissentit Sichard. *ad l. 3. C. de fideicommiss.*

48 Expirat etiam fideicommissi persequendi jus, si heres fiduciarius ante aditam hereditatem decedat; *(a)* ut & si pater unum ex liberis fideicommisso gravarit, & ipsi gravato liberi postea nascantur. *(b)*

a) *l. Ille à quo. 13. § quid ergò. vers. dicendum erit. ff. ad Senatusconsult. Trebell.* Gomez. *d. cap. 5. num. 8. ubi vide limitationes.* (b) *l. cùm avus 102. ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi 30. ff. de fideicommiss. l. generaliter 6. §. cùm autem C. de instit. & substit.* Quid si hæres ante testatorem moriatur? sustineturne fideicommissum vi clausulæ codicillaris, vide Gail. *2. observ. 34.*

49 Cæterùm in quæstionem vocatur, si nullum sit testamentum, puta ex causâ præteritionis, an nihilominùs persequi fideicommissarius ipsum fideicommissum possit, licet testamento clausula Codicillaris adjecta non sit? Nobis negata opinio juri consentanea videtur, quamvis Camera Imperialis contrariam opinionem sequatur. *(b)*

a) *Per l. filio 17. ff. de injust. rupt. irrit. fact. test junct. l. non dubium 5. C. de legib. item per l. Ille à quo 13. §. quid ergò. vers. dicendum erit. ff. ad SC. Trebell.* (b) quia onus fideicommissi etiam hæredibus legitimis injungi potest vid. supra *thes. 1. lit. C. in fundamento.* Andr. Gail. *libr. 2. observ. pract. observ. 134.* atque huic opinioni subscribit quoque Donell. *in Auth. ex causa. 8. C. de lib. præter. & lib. 6. Comment. cap. 13. pag. 32. circa fin.* per *Novell. 115. cap. 3. in fine.* quâ putant correctam, *d. l. filio. ff. de injust. rupt. irrit. fact. test.* id quod certè negant Alciat. *4. parerg. cap. 9.* & Gujac. *ad l. 4. propè fin. ff. de liber. & posthum. & in Novell. 18.*

50 Succedit modus restituendi hereditatem fideicommissariam. Fit autem ea restitutio re, vel verbo. *(a)* Re, cum heres gravatus, vel ejus nomine alius possessionem rerum hereditariarum fideicommissario, vel ipso facto cedit, vel patitur, ut eam fideicommissarius ipse capiat. *(b)* Et hoc modo factâ restitutione, dominium unà cum possessione in fideicommissarium transit. *(c)*

a) *l. restituta 37. ibi, aut re ipsa, item, ibi, sed etsi verbo dixerit, se restituere, ff ad Senatusconsult. Trebell.* Anton. Gomez. *d. cap. 5. numer. 13.* Donell. *libr. 7. Commentar. cap. 24. pag. 198.* (b) *dict. l. restituta 37. ff. ad Trebell.* Gomez. *dict. cap. 5. numer. 13.* Donell. *dict. cap. 24.* (c) Gomez. *d. num. 13.*

51 Verbo fit restitutio hæc, cùm heres gravatus; vel coràm dicat, se restituere: vel per epistolam, vel per nuncium hereditatem se restituere fideicommissario significat. *(a)* Atque hoc modo factâ restitutione, dominium quidem in fideicommissarium transit, possessio non transit. *(b)*

a) *d. l.*

Digitized by Google

a) *Dict. l. restituta 37. vers. sed etsi verbo. ff. ad SC. Trebell.* Gomez. *d. cap. 5. num. 13.* Donell. *d. cap. 24.* (b) *l. cum sponsus 12. §. is cui ex Trebelliano*, ubi glos. & Dd *ff. de Public. in rem act.* Gomez. *d cap. 5. num 13. vers. item adde & extende.* vide Andr. Gail. *libr. 2. observat. practic. observation. 129.*

Potest autem restitui fideicommissa hereditas etiam procuratori fi- § 2
deicommissarii.

l. Apud Iulianum 11. §. utrum, l. qui ita 66. §. 1. ff. Senatusconsult. Trebell.

Sequitur ut videamus, quid veniat in restitutionem fideicommis- § 3
sariæ hereditatis. Venit autem in eam, tùm commodum, tùm incommodum hereditatis. Commoda hereditatis sunt, quibus fideicommissarii patrimonium locupletius efficitur: & quidem omnes res corporales & incorporales, veluti, jura, actiones, & exceptiones, quæ in bonis defuncti fuerunt, cùm moreretur, in hanc restitutionem veniunt, & in bonis ipsius fideicommissarii ipsâ restitutione fiunt, etiamsi nondum earum rerum nactus sit possessionem.

l. Pacta in fideicommissarium 63 in princ. ff. ad SC. Trebell. l. cum sponsus 12. §. is cui ex Trebelliano, ff de Public in rem act.

Quædam tamen res non transeunt ad fideicommissarium, sed apud § 4
heredem remanent; veluti ius sepulchrorum, *(a)* operarum actio, *(b)* dos filiæ fideicommisso gravatæ, *(c)* item prælegata heredi post fideicommissum hoc universale relicta: modò testator non simpliciter rogârit restituere portionem suam alteri, sed sub commemoratione portionis hereditariæ, *(d)* & si quem sumptum heres in res hereditatis fecit, eum detrahere potest, *(e)* & denique in rebus, quas fideicommissarius subtraxit, denegatur ei petitio. *(f)*

a) *l. Quia perinde 42. §. 1. ff. ad Trebell.* (b) *l. si patroni 55. in princ. ff. d. tit.* (c) *l. à filia petit. 62. in princ. ff. d. tit.* (d) *l. Titia 86.* ubi gl. & Dd. *ff. ad L. Falcid. l. 3. §. quidam l. in fideicommissaria 18. §. ult. ff. ad SC. Trebell.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. 135.* & Donell. *7 Commentar. cap. 25. pag 202.* (e) *l. mulier 22. §. sed enim, vers. sed & ipse, ff. ad SC. Trebell.* (f) *l. Paulus 48. l. ff. d. tit. l. non est dubium 5. C. de legat.*

Adhæc præter res, quas defunctus tempore mortis in bonis ha- § 5
buit, etiam ea in restitutionem veniunt, quæ post ejus mortem hereditati nondum aditæ adquisita sunt: veluti, quòd servi hereditarii stipulati fuerunt, vel per traditionem acceperunt. *(a)* Item fructus, ante aditam hereditatem percepti: *(b)* tùm etiam ancillarum partus, *(c)* ut & actio Legis Aquiliæ, si ante aditam hereditatem in re hereditaria damnum datum sit. *(d)*

 a) *l. In*

Digitized by Google

a) *Ineo 33. §. fin. ff. de adquir. rer. dom.* (b) *l. ita tamen 27. §. 1. ff. ad Trebell. l. qui scit 25. §. 1. ff. de usur.* Anton. Gomez. *d. cap. 5. numer. 15.* (c) *l. mulier 22. §. sed enim, ff. ad Trebell.* (d) *l. liber homo 13. §. si servum hereditarium, ff. ad L. Aquil.* Donell. *lib. 7. Comment. cap. 25.*

56 Venit quoque in hanc restitutionem, quod post aditam hereditatem per caulam hereditatis obtingit, ut ius adcrescendi, (a) sive heres sponte, sive coactè hereditatem adierit. (b) Item quod heres ex obligationibus & actionibus principaliter accepit; non etiam fructus & usuræ post aditam hereditatem perceptæ: nisi ex mora sit facta restitutio, aut specialiter quis fuerit rogatus restituere etiam fructus. (c)

a) *l. Papinianus 43. ff. ad Trebell.* Bart. *in l. 3. §. quidam liberti, ff. d. tit.* (b) Cujac. *libr. 12. observat. cap. 12.* (c) *l. in fideicommissaria 18. in princip. & l. deducta 58. §. qui post tempus, ff. ad Trebellian.* Gomez. *dict. cap. 5. num. 15.* Andr. Gail. *lib. 2. observat. 133. & 135. num. 10.* Peregrin. *de fideicommiss. articul. 49.* & Mantica. *de conject. ult. volunt. libr. 7. quæst. 10. per tot.*

57 Quòd si prædictæ res perierint, ut restitui non possint, aut deteriores factæ sint, idque dolo, latâ; aut levi culpâ, æstimatio restituenda est, non etiam si casu.

Dict. l. mulier 22. §. sed enim, ff. ad Trebell. l. cum res 47. §. item ff. de leg. 1. facit l. contractus 23. in fin. ff. de reg. Jur.

58 Qui tamen rogatus est post mortem suam non simpliciter hereditatem restituere, sed quod ex hereditate superfuerit, pto dodrante omni ex causa hereditatem deminuere licitè potest, & solum quadrantem fideicommissario conservare cogitur: imò ex quadrante potest aliquid delibare justa ex causa, veluti dotis, aut donationis propter nuptias, sive sit filius, sive extraneus.

Novell. 39. cap. 1. ubi Cujac.

59 Incommoda hereditatis sunt, æs alienum defuncti; (a) item legata & fideicommissa singularia, quibus heres gravatus est; (b) ut & onus accrescentis portionis. (c)

a) *l. 1. §. fi bares. 16. ff. ad SC. Trebell. l. 1. C. d. tit.* (b) *d. l. 1. §. pen. & §. ult. ff. d. tit. l. 2. Cod. eod. tit.* (c) *l. ult. § imbu, C. de caduc. tollend.* Donell. *lib 7. Comment. cap. 25.*

60 Restat ultima inspectio, quantum scilicet in restitutionem fideicommissariæ hereditatis veniat. Tenetur autem heres fideicommissario restituere duntaxat dodrantem hereditatis: quadrantem (quem Trebellianicam vocant) etiamsi defunctus eam expressè non reliquerit heredi fiduciario; ipso tamen Jure sibi reservare eam fiduciarius potest: quam si retineat, pro ejus tantùm ratâ portione onera hereditatis sustinet;

cætera

cæteraonera ex Senatusconsul. Trebelliano simul in fideicommissarium transeunt.

§. *Restituta autem, & §. si quis una, vers. altero vero casu, Instit. de fideicommiss. hered. l. 1. §. si heres, ff. ad Trebell. Iul. Paul. lib. 4. recept. sentent. tit. 2. Trebellianica illa dicitur etiam Falcidia, in l. 8 §. 14. ff. de inoffic. testam. & l. In quartum 91. in princ. ff ad leg. Falcid.* de hujus Falcidiæ vel Trebellianicæ detractione vide omnino Cancerium. *lib. 1. cap 2. variar. resolut. per tot.*

Quòd si fiduciarius heres totam hereditatem fideicommissario re- 61
stituat, tunc omnia quoque onera in fideicommissarium transeunt: (a) non tamen directæ, sed utiles actiones in hunc transferuntur. (b)

a) §. *Quia stipulationes, Instit. de fideicommiss hered.* (b) §. *restituta, vers. post quod SC. Instit. d. tit.*

Quòd si tamen ipse etiam fideicommissarius alii restituere hereditatem jussus sit, non gaudet ille Iure detrahendi quadrantem: nisi heres fiduciarius eum non detraxerit, quo casu fideicommissarius quadrantem detrahit; at non ex sua, sed quasi ex persona heredis. (a) Et licet fideicommissarius primus hereditatem restituat posteriori fideicommissario: attamen non desinit ille primus esse successor Trebellianus, sed utiles actiones penes ipsum adhuc residunt, & earum actiones utiles ad secundum fideicommissarium transeunt. (b) 62

a) *l. 1. §. Inde Neratius, ubi gl. l. mulier 22. §. ult. l. ex asse 28. in fin. l. si patroni 55 §. qui fideicommissum, vers. quartam enim. ff. ad Trebell. gl. in l. pen. in verb. ipso Iure, in fin. C. d. tit.* (b) *l. 1. §. de illo queritur. 8. ff. ad SC. Trebell.* ut post Hugolinam scribit, Cujac. *in tract. ad African. 6. m explicat. l. ex asse, ff. ad Trebell. in fin. mihi pag. 291.*

Imputantur autem heredi in ejus quadrantem omnia, quæ percepit judicio defuncti, non tantùm quæ Iure hereditario, sed & quæ legati aut fideicommissi, vel quacunque aliâ causâ percepit. 63

l. In quartam 91. l. in rationem. l. quod autem 74. ff ad leg. Falcid. d. l. mulier 22. § si heres. ff ad Trebell. Duaren. *libr. 2. disput. anniversar. c. 10.* & Doneli *lib. 7. Comment. cap 30.* Cujac. tamen *libr. 8. observ. cap. 4.* negat, in quartam Trebellianicam imputari, quæ conditionis impiendæ causâ dantur, & quæ legati vel fideicomm. si Iure capiuntur, per *l. filium 24 C. famil. erciscund.* Sed quæ ejus legis sententia sit, exponit Donell. *dict. cap. 30.*

Quòd si filius meus, aut filia restituere hereditatem, cùm moriantur, rogati fuerint, in Trebellianicam, ne quidem judicio parentis, imputantur fructus, sed quartam suam de ipsis rebus hereditariis detrahere omnibus modis possunt. 64

l. Iubemus 6. ubi glossa. & Dd. C. *ad SC. Trebell l. scimus antea 6. §. sancimus itaque, vers. repletionem autem, Cod. de inoff. testam.* Sed vide *Papin. 8. §. unde si quis. vers fructus enim, & ibi gl. ff. de inoff. testam.*

65 Sed hic opportunè quæritur, utrùm filius fideicommisso gravatus, & legitimam, & Trebellianicam, atque ita duas quartas detrahere fideicommissariæ hereditati queat? Nos Iure Civili unius tantùm quartæ detractionem concessam esse; *(a)* at decretis Pontificum duas filium detrahere quartas, legitimam scilicet, & Pegasianum quadrantem, statuimus. *(b)*

a) *Dict. l. jubemus, ibi, retentâ quartâ dodrantem restituat*, C. *ad SC. Trebell. Novell. 39. cap. 1. & Auth. res quæ*, C. *commun. de legat. & fideicom. l. Papinianus 8. §. quarta autem, & §. si quis impubes, & §. meminisse, ff. de inoff. testam. §. sed quia heredes, vers. postea Vespasiani, Instit. de fideicom. hereditat. l in quartam 91. ff. ad Leg. Falcid.* Iason. *in l. filium quem, num. 6. C. famil. ercisc.* Cujac. *lib. 8. observat. cap. 3.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 121. num. 4.* Donell. *lib. 7. Comment. c. 30. pag. 219.* Vide quoque Hotoman. *lib. quæst. illustr. quæst. 43.* De hac quæst. Vide etiam Fachinæ. *lib. 5. controversiar. jur. c. 2.* Petr. Frider. *Tract. de mandat. & monitor. judicial. lib. 2. cap. 68. num. 24.* & Giphan. *ad l. Quoniam 32. C. de inoff. testament.* (b) *c. Raynutius & c. Rainaldus, extr. de testam.* adde Christinæ. *decis. 245. volum. 1.*

66 Doctores tamen nonnulli, contraria illa Iura in concordiam reducere volentes, distinguunt inter fideicommissum purè relictum, & fideicommissum in diem, vel sub conditione datum. Purè relicto fideicommisso, unam tantùm deduci quartam ajunt; at dato fideicommisso in diem, vel sub conditione, statim quidem legitimæ deductioni locum esse, sed veniente die, vel conditione existente, etiam Trebellianicam rectè detrahi. *(a)* Et quamvis distinctio hæc Iuris authoritate careat; *(b)* approbata tamen est, & ubique servari dicitur.

a) Azo *in summa, Novell 1. gl. in d. l. Papinianus 8. §. meminisse, ff. de inoff. testam. & in l. quanquam. C. ad Leg. Falcid. & in d. c. Raynutius, extr. de testam.* post alios Didac. Covarr. *in d. c. Raynutius § 11. n. 5.* (b) Bart. *ad Novell. 39. num. 1.* Bald. & Castrens. *ad d. l jubemus, C. ad SC. Trebell.* Oldrad. *consil. 105. num. 3.* Fulg. & Corn. *ad l quanquam. C. ad Leg. Falcid.* Alex. *consil. 142. num. 9. vol. 2. & consil. 1. num. 10. & 12. vol. 6.* Molinæ. *in notis ad* Alex. *consil. 43. vol. 2.* Sichard. *in d. l. filium 24. num 7. C. famil. ercisc.* Andr. Gail. *lib. 2. observ 121. num. 4. in fin.* Cujac. *lib. 8. observ. c. 3.* Franciscus Hotoman. *d. quæst. 43.* & Donell *d. lib. 7. Comment. c. 30. p. 219.* (c) Bald. *consil. 209. num. 3. Tomo 2.* Guid. Pap. *quæst. 52.* Petr. Iacob. Ferrar. *in forma libelli, quo agitur ex substitutione ad verbum*, aperi hdei-

com-

Digitized by Google

commiſſum, *n. 6. p. 509. & ibi in addit. p. 511.* Molinæ. *in addit. ad* Alex. *d. conſil. 43. n. 8. vol. 2.* Sichard. *ad d. l. filium 24. n. 7. C. famil. erciſc.* Andr. Gail. *d. lib. 2. obſ. 121. n. 6.*

Sed quod in filio reſtitutione hereditatis gravato receptum eſt, ex- 67
auditi quoque an debeat de parente fideicommiſſo gravato, controverſiæ quæſtionis eſt? Negativæ nos patrocinamur.

Cùm enim Ius Canonicum *in c. Rayuntius, & c. Raynaldus, extr. de teſtament.* de filio tantùm loquatur, & contra Iuris Civilis diſpoſitionem duarum illi quartarum detractionem concedat, ſtrictè accipi debet, & non extendi ad parentem, per *l. præcipimus 32. in fin. C. de appell.* Atque ita ſentit quoque Bald. *in l. ſi à milite, §. à patre, ff. de teſtam. milit.* & Iaſ. *in d. l. filium, num. 9. & ibid.* etiam Sichard. *n. 8. C. fam. erciſc.* Diſſentit poſt alios Didac. Covarr. *ad d. c. Raynutius, §. 11. num. 6. extr. de Teſtam.* Andr. Gail. *lib. 2. obſ. 121. n. 11.*

Eſt & illud hìc notandum, quod licet heres poſt mortem reſtituere 68
rogatus, Trebellianicam detrahere non poſſit, ejus tamen heres deductionem hanc facere poſſit.

l. Quanquam, ubi Dd. communiter, C. ad leg. Falcid. Burſat. *Conſil. 19. num. 37. lib. 1.* Gabriel. *conſ. 63. num. 76. & ſeqq.* Petr. Heig. *lib. 1. q. jur. quæſt. 32. num. ult.*

Cæterùm caſus nonnulli ſunt, quibus heres quartæ detractionem 69
non habet: ut ſi teſtator expreſsè prohibuerit deductionem quartæ: id quod Iure poteſt, *(a)* etiam in liberis primi gradus. *(b)* Item ſi heres coactè adierit hereditatem, tota hereditas reſtituenda eſt. *(c)*

a) Nam prohiberi quoque poteſt deductio Falcidiæ, *Nov. 1. cap. 2. §. ſi verò expreſsim.* ad cujus exemplum Trebellianica recepta eſt, *§. ſed quia heredes, Inſt. de fideicommiſſ. hered.* Vnde Trebellianica in libris noſtri Iuris Falcidia dicitur, *l. ſi ut allegas 11. C. ad leg. Falcid. l. Marcell. 5. ff. ad SCtum Trebell.* Atque hæc communis & verior eſt ſententia, Guid. Pap. *quæſt. 51.* Didac. Covarr. *ad d. c. Raynutius, num. 7. extr. de teſtament.* Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. 138. n. 15. & ſeq.* Franciſc. Duaren. *ad l. nemo 55. ff. de leg. 1. p. 33.* Gomez. *Tomo 1. cap. 5. num. 11.* ubi latè hanc quæſtionem per rationes examinat. Diſſentit Fachinæ. *lib. 5. controverſ. c. 4.* vide Decian. *reſp. 49. n. 44. & ſeqq. vol. 2.* & Peregr. *de fideicommiſſ. artic. 3. n. 106.* (b) Duaren. *ad d. l. nemo 55 ff. de leg. 1. p. 733.* Nullum enim hìc verſatur periculum, ne defuncti teſtamentum corruat; quippe cùm heres adire hereditatem cogi poſſit per fideicommiſſarium. Sed Dd. communiter diſſentiunt, ut videre licet apud Guid. Pap. Didac. Covarr. & Andr. Gail. *ſupr. dd. locis.* Diſſentit inter alios etiam Fachinæ. *lib. 5. controv. c. 5.* Quibus omnibus adſtipulari videtur text. *in l. Iubemus C. ad SCtum Trebell.*

Trebell. ubi testator non potest cavere, ut fructus in Trebellianicam computentur. Intelligitur autem testator prohibuisse detractionem quartæ, si hereditatem totam vel integram, vel sine aliqua deminutione restitui jussit, *Nov. 1. c. 2. §. si verò expressim.* Modo isthæc verba aliò referri non possint, Ant. de Menest *in l. Post mortem, num. 31. C. de fideicom.* Molina *de Hispan primogen. lib. 1. cap. 11. num. 15. & 17.* Alioqui enim Generalia verba: Omnem, totam, universam, hereditatem, omnia bona, universa bona restituas, non sufficiunt, vide Anton. Peregrin. *Tract. de fideicommiss. articul 9. numer. 87. & seqq. & maximè numer. 90.* (c) *l. quia poterat 4. l. nam quod 4. §. qui compulsus, l. ita tamen 27. §. 2. ff. ad SC. Trebell.*

70 Sed an Trebellianica etiam amittatur, omissa inventarii confectione, ambigua quæstio est. Nobis negativa probatur; *(a)* eamque veram Camera Imperialis sequitur. *(b)*

a) Pet rationes Viglii, *in §. extraneis, num. 7. & seq. Instit. de hered. qual. & differ.* vide quoque Gomez. *variar. resolut. Tomo 1. cap. 5. num. 12. ubi rationes adducit*, (b) Mynsinger. *Cent. 5. observ. 66.* & Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observ. 138.* adde Cancerium *in var. resolut. lib. 2. tit. 2. num. 1. & seqq.* Cravett. *consil. 17. num 1.* Fachinæ *lib. 4. controv. 38.* Peregrin. *de fideicommiss. art. 3. numer. 73. & seqq.* Cæphal. *cons. 92. numer. 59. vol. 3.* Rittershus. *ad Nov. part. 6. cap. 8. num. 37.* Dissentit Cacheran. *decis. 147.* Menoch. *volum 3. consil. 272. numer. 81.*

Clas. III. Disput. VIII.

De Legato, et Fideicommisso speciali.

Thesis I.

1 Legatum est donatio *(a)* quædam *(b)* à defuncto *(c)* Iure directo *(d)* relicta.

a) §. *1. Inst. h. t. & l. legatum 36. ff. de leg. 2.* Cùm enim donare sit aliquid gratis in aliquem conferre, ut ejus fiat sine onere *l. 1. ff. de donat.* lega-

Digitized by Google

legatum donatio eſt; quia nihil niſi lucrum continet. §. *ſi res aliena 6. Inſtit. h. t. l. ſi heredi tatem. 32. ibi, legatum adquiſitum nunquam illi damno eſſe potuit ff. Mandati.* Et hoc ipſo differt ab heredis inſtitutione, quæ damnoſa interdum eſt heredi, *dict. l. 32. verſ. nam legatum, ff. dict. tit. l. 119.* ubi Gœddæ. *num. 1. ff. de verb. ſignif.* (b) proprii ſcilicet generis, id eſt, neque inter vivos, neque mortis cauſa donatio, quæ conventionem deſiderat, *l. inter mortis. 38.* ubi gloſſ. & Dd. *l. ſenatus 35. § ergo qui mortis, ibi, negocium gerit, ff. de mort. cauſa donat.* cùm legatum ſine conventione teſtator alicui relinquat, nec aliquod negocium cum ipſo legatario gerat, ſed in eum abſentem illud conferat, vide Fachinæ. *lib. 5. controv. cap. 32.* (c) ſive teſtatus, ſive inteſtatus ille deceſſerit: cùm hodie legatum relinqui poſſit, non ſolùm à teſtatore teſtamento, ſed & ab inteſtato; & Codicillis, §. *ſed non uſque, Inſt. h. tit. l. 1. & 2. C. communia de legat. & fideicommiſſ.* (d) licet legati nomen generali ſignificatione fideicommiſſum contineat, *l. & fideicommiſſum 87. ff de Legat. 2.* Cujac. *lib. 4. obſerv. cap. 23.* & proinde per fideicommiſſum teſtator legare dicatur, *in l. uxorem 41. §. legaverat, ff. de Legat. 3.* proprie tamen Legatum fideicommiſſo opponitur, & legatum relinquitur Iure directo, id eſt, imperativè, & nulla alia interpoſita perſona, §. *directa autem. Inſt. de ſing. reb. per fideicommiſſ.* Vlpian. *lib. Inſt. t. 7. de fideicommiſſ in princ.* de vera Legati Ethymologia vide Treutl. *vol. 2. diſputat. 13. th. 1. lit. A.* Donell. *lib. 8. Commentar. cap. 1.*

Speciale fideicommiſſum eſt ultimæ voluntatis diſpoſitio, quâ teſtator res ſingulas obliquè, id eſt, precativè alicui relinquit: ut ſi roget heredem ſuum, ut fundum, aut domum, aut mancipium, aut argentum cuidam alii reſtituat. 2

Inſt. de ſing. reb. per fideicom. relict. Vlp. *lib. Inſtitut de fideicommiſſ. in princ.* & Cajus *lib. 2. Inſt. t. 7. de fideicommiſſ. in princ. ibi, & rogare eum, junct. §. & ſingulæ.*

Etſi verò legatum & fideicommiſſum ita ſubſtantiali ſuâ formâ differant, utriuſque tamen natura hodie eadem eſt. 3

l. 2. Cod. de legat. & fideicom. §. ſed non uſque, Inſt. de legat. l. 1. ff. de legat. 1. Coraſ. *lib. 5. miſcell. jur. Civil. c. 17.*

Sed quæritur, an per omnia, & in omnibus ejuſmodi exæquatio naturarum legatorum & fideicommiſſorum facta ſit? quod aſſerimus. 4

Per text. in l. 1. ff. de legat. 1. & §. ſed non uſque. 35. ibi, nulla ſit inter ea differentia, Inſtit. hoc tit. l. 2. verſ. & omnia, Cod de communia, de legat. & fideicommiſſ. ſed obſtare videtur, *princip. tit. Inſtit. de ſing. reb. per fideicommiſſ. relict. & §. libertas, verſ. qui autem ex fideicommiſſi cauſa, Inſtit.*

cod. l. quod traditum 87. cum tribus. ll. seqq. ff. de condit. & demonstrat. Vide Althus. *in Dicæolog. libr. 1. capit. 53. numer. 4.* Cœpen. *libr. 1. observation. 146.*

5 Vt & illud expedirum omninò non videtur, utrùm hæc legatorum & fideicommissorum exæquatio veteri Iuri, an verò legislationi Iustinianeæ accepta ferenda sit? (a) Et Iustiniano adscribendam illam esse putamus. (b)

a) Vlpian. enim ante Iustinianum *in l. 1. ff. de legat. 1.* per omnia, inquit, legata exæquata sunt fideicommissis: Iustinianus verò Imp. *in d. § sed non usque. Instit. h. tit.* necessarium esse duximus, ait, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia; ut proinde alia sit aliorum interpretum de hac difficultate sententia, Zas. *in dict. l. 1. ff. d. t.* Valq. *tract. de succes. creat. lib. 2. §. 17. num. 119.* Vigl. *ad §. legatarius, Instit. de testam.* Arumæus *exercit. 9. thes. 14.* Covatruv. *in c. Raynaldus §. 1. num. 3. titul. de testam* Wesenbec. *in § sed non usque. Instit. hoc tit.* Duaren. *ad d. l. 1. & lib. 2 disput. cap. 9.* Donell. *lib. 8. Commentar. cap. 2.* Robert. *lib. 2. sent. cap. 23.* Fachinæ. *libr. 5. controvers. cap. 30.* Pacius *cent. 2. irrul. Φ. asserit. 6.* (b) *per d. § sed non usq., Instit. h. t. ibi, necessarium esse duximus, & c. nec obstat d. l. 1. ff. de legat. 1.* quæ ad L. Falcidiam tantùm, non etiam ad alia referenda est, ita ut ante Iustinani constitutionem per omnia fuerint exæquata legatis fideicommissa, in lege Falcidia, non etiam in omnibus aliis: siquidem hoc nova demum Iustiniani sanctione effectum sit, vide Cujac. *lib. 8. observ. cap. 4. & in Paratitl. ff. de legat. 1.* ex quo deprehenditur error Fachinæi *lib 5. controvers. cap. 12.* existimantis, nec olim habuisse, nec hodie in fideicommissis singularibus locum habere L. Falcidiam, sed SC. Trebellian. vide Commentaria mea *ad tit. Instit. de legat. num. 31. & seqq.*

6 Porrò legatum afficiunt tùm ejus constitutio, & infirmatio: tùm illius constituti, & non infirmati adquisitio.

Quod de legato dicimus, de fideicommisso quoque intelligi volumus, propter exæquationem naturarum utriusque.

7 Constitutio legati est ipsa dispositio, quâ legatum alicui relinquitur: Atque hæc constat tum personâ, quæ legare, & eâ à quâ relinqui legatum potest, item illâ, cui legatum relinquitur: tum rebus, quæ legari possunt: tum denique modo relinquendi legatum.

8 Legare potest omnis, qui testamenti faciendi Ius habet. (a) Legata itaque relinquere prohibentur, servus, mutus, is qui de statu suo dubitat, ut & filiusfamilias. (b)

a) *Iure non tantùm veteri, sed & novissimo, cùm hodiè legata, utpote fideicommissis exæquata, ab eo solo possint relinqui, cui Ius est testamenti faciendi. d. l. 2.*

di, l. 2. ff. de legat. 1 & l. 1. in prine. ff. de legat. 3. Coepen. *lib. 1. obſerv. 149.*
(b) Hæ enim & ſimiles perſonæ teſtari non poſſunt, ut oſtenſum eſt ſup. *diſput. 1. theſ. 21. & ſeqq.*

Relinqui legatum poteſt ab his, ad quos aliquid perventurum eſt 9
morte teſtatoris, vel dum eis aliquid ultima voluntate datur, vel dum eis nihil adimitur.

l. 1. §. Sciendum, ff. de legat. 3. Et facit hûc, quod legato onerari nemo poteſt niſi qui morte legatoris quid percipit, *l. ſed erſi. 6. §. ult. ff. dict. t. l. ab eo 9. Cod. de fideicommiſſ. l. coheredi 41. §. 3. verſ. Et ideo, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.*

Vnde genera duo ſunt eorum, à quibus legatum relinqui poteſt: 10
Prioris generis ſunt non tantùm heredes, quos nobis inſtituimus, ſed & quos filio impuberi ſubſtituimus: [a] heredes item heredis: [b] ut & legatarii, & fideicommiſſarii, [c] eorumque heredes: [d] & legatoris debitores. [e]

a] *l. Ex duobus 34. §. ult. & l. ſeq. ff. de vulg & pupill. ſubſtit. l. in ratione 11. §. quod vulgò, & l. in duplicibus 79 ff. ad Leg. Falcid.* Filii namque ſubſtituto teſtamenti paterni virtute hereditas defertur §. *liberis autem, Inſtit. de pupillar. ſubſtit. l. 2. §. 1. & §§. ſeqq. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Arrogator tamen ab arrogato filio impubere quartam legare alii non poteſt, cum hæc arrogatoris judicio, ſed principali providentia ad impuberem perveniat, *l. ſi adrogator 22. §. 1. ff. de adopt.* Plus autem ab alio legari non poteſt, quam ipſe ipſe Iudicio legatoris accipit, §. *hoc ſolum, Inſtit. deſing. reb. per fideicommiſſ. relict.* Gomez. *tom. 1. Comment. cap. 17. num. 54.* [b] Ab his enim fideicommiſſum, cui exæquatum eſt legatum, relinqui poteſt, *l. ſi fuerit 5. & l. 6. ff. de legat. 3.* & heres heredis eſt quoque heres teſtatoris, *l. ult. Cod. de hered. Inſtitut.* eodemque Iure utitur, quo is, in cujus Ius & locum ſucceſſit, *l. quia Ius 177. ff. de Reg. Iur.* Ab ipſo tamen herede eidem heredi legatum inutiliter relinquitur *l. legatum, 116. §. 1. & l. planè 34. §. ſi duobus, l. & quidem 18. ff. de legat. 1.* facit *l. Titia 86. ff. ad l. Falcid. l. 18. §. ult. ff. ad Trebell.* Niſi hereditate vel abſtinuerit, vel eam repudiarit, *l. qui filiabus 17. & l. ſeq. l. filio pater 87 ff. de legat. 1.* [c] *d. l. ab eo 9. C. de fideicommiſſ.* quia per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis, *dict. §. ſed non uſque, Inſtit. h. t.* idcirco, ſicuti antiquitus tantùm fideicommiſſa, ita hodiè à legatario Iure etiam relinquuntur legata, §. *poſt mortem 35. Inſtit. de legat.* His accedunt ii, quibus mortis cauſa donatum eſt, *l. cum pater 77. §. 1. ff. de legat. 2. d. l. 9. C. de fideicommiſſ.* [d] *d. l. 5. & l. ſeq. ff. de legat 3. l. ſcrupuloſam 11. & l. ult. C. de contrab. ſtipul. l. un. C. ut act. ab hered. & contra hered. incip.* Balduin. *in Inſtitutiano pag. 54.* [e] Debitori enim per fideicommiſſum remittere de-

bitum creditor intelligitur, cum ab eo alii debitum relinquit, *l. si pecuniam 77. ff. de legat. 1. & l. cum quis 37. §. pater. vers. ult. ff. de legat. 3.*

11 Alterius generis eorum, à quibus legari potest, sunt legitimi heredes, bonorum possessores, ab intestato successuri; sive proximi sint, sive inferiores: sive nati, sive postea nascituri: [a] & non tantùm legitimi heredes, & bonorum possessores testatoris, sed & filii impuberis; [b] Quin etiam à patre, legitimo suo herede, filiusfam. miles, aut veteranus, legare quid alii potest: [c] ut & patruus, à fratris sui prædefuncti filio postumo: [d] Item intestatò moriturus, qui scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, ab ipso fisco legatum rectè relinquit. [e]

[a] *Dict. l. 1. §. nec tantùm & §. seq. ff. de legat. 3. & l. si fundum 92. §. ult. ff. de legat. 1.* A filio tamen præterito, licet suus heres sit, & ob sui præteritionem legitimam hereditatem capiat, legata relinqui non possunt: uti nec à legitimo herede illo, qui alio herede instituto, sed hereditatem repudiante, legitimus ab intestato succedit. Cùm enim non testatoris iudicio, sed fortuitò legitimam hereditatem consequantur, legato onerari non debent, per regulam generalem *l. sed etsi 6. §. fin. ff. de legat. 3.* [b] *d. l. 92. §. ult. vers. ab eo & l. plane 94. in princip. ff. de legat. 1.* Ratio hujus Juris est, quod hisce filiis patrimonium adimere, & pupillariter substituendo aliis dare posset. [c] *l. filiusfamil. 114. in princ. ff. de legat. 1.* Testando namque efficere posset, ne pater legitimam hereditatem caperet, per *l. 9. & l. testamenta militis 24. C. de inoffic. testam.* Lud. Rom. & Ias. *in l. sicut. 9. C. dict. t.* Vasq. *lib. 3. de success. creat. §. 20. pag. 3. requisit 29. declarat. 3. num. 170. & seq.* Vigl. *in §. sed si inexpedit. in verb. pro exheredatione, Instit. de exhered. liber.* [d] Ab hoc enim patruus relinquere potest fideicommissum, *l. pen. ff. de leg. 1. ergò & legatum §. sed non usque, Instit. h. tit. l. 2. C. communia de legat. & fidicom.* [e] *l. filiusf. 114. §. qui intestatò decedit ff. de legat. 1.* Hic enim cùm non adimat fisco suam hereditatem, sed patiatur bona sua fieri vacantia, & fisco applicari, legatum ab eo rectè relinquit, *l. 1. §. sciendum, ibi, vel dum ei, &c. ff. de Legat. 3.*

12 Sequitur de personis, quibus legata relinqui possunt: ubi dispiciendum, tum de personis ipsis; tum de errore, qui circa eas personas incurrit.

Vide Cœpen. *lib. 1. observat. 149.*

13 Legari potest personis, cum quibus testamenti factio est; id est, qui ex testamento disponentis aliquid capere possunt; [a] quales sunt cives Romani, [b] & eorundem ex persona ipsorum servi. [c]

a] *§. Legari. 24. Instit. h. t. & ibid. gl.* [b] *l. in princ. vers. secundo capite ibi, quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet*

voletur poteſtas, eſto. ff. ad l. Falcid. (c) *l. non minus 3. in princ. ff. de hered. Inſtit. l. ſimibi 12. §. regula Iuris ff. de leg. 1.* unde & ſervo hereditario rectè legatur, quia hereditas perſonæ defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur, *l. legatum 16. §. ſervo hereditario, ff. d. t. l. 34. & 61. ff. de adq. rer. dominio.* Specialiter tamen in legato alimentorum receptum eſt, ut etiam ille capiat ſit, qui alias ex teſtamento nihil acquirere poteſt *l. ii cui 11. ff. de aliment. & cibar. legat.* Martinus Coletus *de aliment. libr. 1. cap. 3. per tot.*

Antiquitus tamen perſonis incertis, (a) & poſtumis alienis, (b) 14
licet civibus Romanis, legari non potuit: (c) hodiè poteſt; (d) proinde civitatibus, vicis, & collegiis, licet incerta videantur corpora, (e) legatum jure relinquitur. (f)

a) Incerta perſona eſt, quam quis incerta opinione animo ſuo ſubjicit, ut ſi teſtator dicat, quicunque filio meo filiam ſuam in matrimonium dederit: vel quicunque poſt teſtamentum meum conſul deſignatus fuerit, illi heres meus centum dato, §. *Incertis autem 25. & § ſeq. Inſt. h. t.* (b) Poſtumus alienus eſt, qui natus inter ſuos heres futurus non eſt, ſive qui natus primum gradum in familia defuncti non obtinet, §. *eſt autem alienus 26. Inſt. h. t. l. Si filius 16. ff. de liber. & poſtum.* Cujac. *4. tract. ad African. inexplicat. ejuſd. legis.* Arumæus *diſput. ff. 16. theſ. 10.* (c) Olim namque jure civili his perſonis neque legata, neque fideicommiſſa relinqui poterant, §. *incertis. Inſt. h. t. & §. poſtumo quoque 26. Inſtit. eod. §. 1. Inſt. de bonor. poſſeſſ.* obſtare videtur §. *poſtumus autem 28.* ubi Cujac. & Hotom. *Inſt. h. t.* (d) Nova enim Juſtiniani legiſlatione jus vetus emendatum eſt, & permiſſum, ut his perſonis non ſolùm legari, aut fideicommiſſum relinqui, ſed & hereditas dari poſſit, §. *ſed nec hujuſmodi. Inſt. hoc t.* Donell. *in l. quidam 5. D. de reb. dubiis.* (e) Unde nec hereditas antiquitus illis dari potuit. Vlp. *lib. Inſt. 9. qui in red. inſt. poſſunt. §. nec municipia.* (f) Vlp. *dict. libr. Inſt. tit. de Legat. §. civitatib. omnibus. l. ſi quid relictum 117. §. ultim. ff. de Legat. 1. l. ſi heres 73. §. ultim. ff. eodem.* Gomez. *tom. 1. Comment. c. 12. num. 16.* modò collegia ſint licita, id eſt, ſpeciali privilegio ſubnixa *l. collegium 8. C. de hered. Inſt. l. 1. ff. quod cujuſq; univerſitat. nomine.* Sed quæritur utrum legatum Epiſcopo ſub nomine proprio relictum, ipſi Eccleſiæ, an Epiſcopo datum cenſeatur? & Eccleſiæ relictum videri tale legatum communiter receptum eſt. Fachinæus *lib. 5. controv. c. 40.*

De concubina quæritur, an quis ſolutus concubinæ ſuæ legatum 15
relinquere poſſit? quod pagano permittimus; (a) militi verò, (b) in & clerico (c) juris authoritate denegamus.

a) Per textum expreſſ. *in l. qui concubinam 29. in princ. & l. item le-*

gato 49. §. parvi autem, ff. de legat. 3. facit. *l. donationes 31. ff. de donation.* (b) Neque enim inter vivos quidpiam donare, neque ultima voluntate aliquid relinquere ſuæ focariæ poteſt, *l. 2.* ubi gl. *C. de donat. int. vir. & ux. l. miles 41. §. mulier.* ubi gl. Bart. & alſi. *ff. de teſtament. milit. l. mulierem 14. ff. de his, quæ ut indig. auſer.* Sed an miles jucatò concubinæ donare poſſit? tradit Theſaur. *deciſ. 110.* (c) Idem enim in clerico verum eſſe tradit Bartol. *in d. l. miles. §. mulier. ff. de teſtam. milit. & in l. affectionis 5. ff. de donat. & in l. miles 6. ff. de re judic.* & poſt alios Hartm. Hartm. ab Eppingen. *lib. pract. obſ. t. 43. obſ. 8.*

16 Teſtibus quoque qui teſtamento adhibentur, (a) & teſtamenta vel Codicillos dictantibus, ut fideicommiſſum, ita & legatum rectè relinquitur, (b) non etiam teſtamenti ſcriptoribus; (c) niſi vel ipſe teſtator ſua manu, vel ejuſdem venia tertius quiſpiam illis legatum adſcripſerit. (d)

a) §. *Legatarii. 11. Inſt. de teſtament. ord. l. qui teſtamento 20. in pr. ff. qui teſtam. facer. poſſ. & ſi quis ita 14. ff. de reb. dub. l. dictantibus 22. §. teſtibus. C. de teſtam.* Faein. *de teſtib. quæſt. 60. num. 288.* Reuſner. *de teſtam. part. 3. c. 21. num. 12.* (b) *d. l. dictantibus 22.* ubi Sichard. *C. d. t.* Cujac. *in l. qui teſtamento 20. ff. qui teſtam. facer. poſſunt.* (c) Ne quidem volente & jubente teſtatore vel codicillatore, *l. 2. & 3. C. de his qui ſibi adſcrib. in teſt.* (d) His enim caſibus utile eſt legatum, *l. 2. & 3. C. d. t. l. l. Divus Claudius 15. §. ult. ff. ad l. Cornel. d. falſ.* Cujac. *in Parat. ff. & C. de his qui ſibi adſcrib. in teſtam.* Hartm. ab Eppingen. *lib. pr. obſ. t. 41. obſ. 3.* & Sichard. *in d. l. 22. C. de teſtam.*

17 Et hæc de perſonis, quibus legatum relinqui poteſt, vel non. Quod attinet errorem, qui ſæpius circa has perſonas incidere ſolet, contingit ille, vel in ipſo legatarii corpore; vel in ſanguinis conjunctione; vel in legatarii nomine.

18 Vitiatur autem legatum, & inutile redditur, ſi teſtator in corpore legatarii erraverit; ut ſi eum, cui legare volebat, de facie & corpore non novit, & in hac ignorantia alii cuidam legatum reliquerit, ratus eum eſſe, cui volebat legare; (a) ſi item erraverit in ſanguinis conjunctione; veluti ſi eum, quem benè novit, exiſtimaverit fratrem ſuum eſſe, vel cognatum, cùm tamen non ſit; (b) non etiam ſi in nomine, cognomine, prænomine vel agnomine legatarii erraverit, quia nihilominus legatum ſubſiſtit. (c)

a) Legatum enim illud non debetur ei, cui datum eſt, quia voluntate deficitur: neque illi, cui teſtator relictum illud eſſe voluit; quoniam ſcriptus non eſt, *l. quotiens 69. in pr. ff. de hered. inſtituend.* (b) *arg. l. neque profeſſio. 5. C. de teſtam. l. 4. l. nec apud 7. C. de hered. inſtit.* Niſi quis

quis sciat suum non esse fratrem vel cognatum, quem fratrem vel cognatum vocat, cum falsa demonstratio non noceat legatario. *l. 33. in pr.* ubi gloss. *ff. de cond. & demonstr.* (c) Personarum enim nomina, quia significandorum hominum gratia sunt reperta, nihil interest, si alio quolibet modo intelligantur, §. *siquidem in nomine 29. Inst. hoc tit. l. si in nomine. 4. C. de testament. l. si Fortidianum. 7. §. 1. C. de legat. l. si ita 8. §. 2. ff. de bonor. poss. secundum tabul.* vide Iohan. Borcholt. *ad dict. §. si quidem in nomine 29. Inst. dict. tit.*

Proximum nunc est, ut de rebus dispiciamus; (a) Quarum quædam legari non possunt, quædam verò possunt legari. 19

a) Per res intelligimus hîc quoque factum. Quamvis enim propriè aliud sit res, aliud factum, §. *non solùm. Inst. de verb. obligation.* Rei tamen appellatione generali haud rarò continetur etiam factum, *princ. vers. nam omnes, ibi, ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio. Institut. de oblig. quæ ex delict. l. 4. vers. nam hæ. ff. de oblig & action. l. 1. in princ. ibi, quantum ex ea re damnum. ff. de his qui effud. vel dejecerint. l. interdum 73. & l. stipulatio ista 38. §. si quis dolum. ff. de verbor. obligat.* Donell. *lib. 12. Commentar. pagin. 44.*

Legari non possunt res illæ, quæ vel humano commercio exemptæ 20
sunt, vel quæ legatæ nihil emolumenti legatario adferunt; & exemptæ sunt humano commercio res vel in universum, vel commercio tantum quorundam.

l. Quædam 62. ff. de adquir. rerum domin. l. multum 34. ubi Cujac. Duar. & Donell. *ff. de verb. oblig. l. filiusfam. 114. § si quid alicui. ff. de legat. 1. l. mortuo bove. 49. §. Labeo. & §. seq. ff. de legat. 2.*

In universum commercio humano exemptæ sunt, & proinde lega- 21
ri omninò non possunt res vel naturâ; (a) ut quæ neque in rerum naturâ sunt, neque futuræ sperantur; (b) ut bos, & Stichus, qui mortui sunt. Hippocentaurus, & domus exusta, & adhuc viventis hereditas; (c) vel jure, ut res sacræ, sanctæ, religiosæ, publicæ & universitatis, liber homo, res principis, fundus hostium, (d) & ea, quæ ædibus, porticui, balneis, tabernis, & popinis licitè ædificatis juncta sunt. (e)

a) *l. 34. §. Omnium. ff. de contrab. empt. & vend.* (b) Hæ enim res cùm dari non possint, is à quo legantur non obligatur, *arg. §. 1. Instit. de inutil. stipul.* & quia impossibilium nulla est obligatio, & non entium nullæ qualitates *l. 185. ff. de regul jur.* (c) *l. mortuo bove 49. in princ. ff. de legat. 2. l. domum 57. in princ. ff. de legat. 2. l. domum. 57. in princ. de contrab. empt. l 1. ff. de heredit. vel action. vendit. l. qui superstiti 94. ff. de adquir. vel amitt. heredit.* (d) §. *idem jus est, si rem sacram. Inst. de inutil. stipul. l.*

pul. l sed Celsus 6. in princ. ff. de contrab. empt. l. cum servus 39. §. ult. ff. de legat. 1. l. liber 103. in fin. ff. de verb. oblig. (e) *l. catera 41. §. 1. & §§. seqq. ff. de leg. 1. l. fideicommissa 11. §. si quis illicite. 14. ff. de legat. 3. §. non solum. vers. sed si talus sit res. Inst. h. t.* Cœpen. *lib. 1. observ. cap. 147.* Et sic Feudum à vasallo legari non potest, ita ut ejus æstimatio debeatur? *cap. 1. de succes. feud. lib. 1. t. 8. cap. 1. §. donare.* Fachinæ. *lib. 3. controv. cap. 37.* Ego *in tract. de jur. succed. in feud. cap. 1. quæst. 8.* Rosenthal. *de Feud. c. 7. conclus. 4.* Gail. *libr. 2. observat. 154. num. 14.* Schrader. *de Feud. part. 7. cap. 2 numer. 6.*

22 Quorundam commercio exemptum est Christianum mancipium; quippe cum illud habere, proindeque ex legato capere non possit Judæus, paganus, hæreticus: (a) militiâ quoque servo interdictum est: (b) ut & provinciæ præsidi prædii provincialis commercium est ademptum. (c)

a) *Tot. tit. C. ne Christian. mancip. hæreticus vel Judæus habeat.* (b) *l. fideicommissa 11. §. si servo. ff. de legat. 3.* Est autem militiæ officium eorum, qui inter statutos relati, ex eo salaria & commoda à principe consequuntur, Cujac. *in l. 3. §. si quid minori ff. de minor.* Bucholt. *ad consuetud. feud. cap. 7. num. 6. & seqq.* (c) *l. qui officii 62. ff. de contrab. empt. l. 49. & §. seq. ff. de leg. 2.* facit. *l. multum 34.* ubi Cujac. & Donell. *ff. de verb. oblig.* vide *supr. class. 2. disp. 15. th. 25.*

23 Cæterùm in quæstionem vocatur, cum hujusmodi res legatæ, quarum non est commercium, non debeantur, utrum saltem earum æstimatio peti possit? quod negamus.

Quia planè legari nequit res, cujus commercium non est, *d l. mortua. 49. § Labeo 2 ff de legat. 2.* Et nullum producere debet effectum, quod jure nullum est. *l. non dubium. 5. C. de Ll.* Facit hûc, quod etiam stipulatio inutilis est, quâ res promittitur, cujus commercium non est, *l. 34.* ubi Donell. *ff. de verb. oblig.* Sed obstare videntur *dict. l. 49. §. 1. ff. de legat. 2. & l. fideicommissa 11. §. si servo. ff. de legat. 3. l. filiusfamil. 114. §. si quid ff. de legat. 1. l. sed si res 40. & l. seq. §. 4. in fin. ff. eodem.* vide Cujac. *in d. l. 34.* & ibid. Donell. *circa fin. ff. de verb. oblig.* An Re Ecclesiasticâ legatâ, æstimatio debeatur, vide Manticam *de conject. ult. volunt. lib. 9. t. 10. num. 1.*

24 Res quæ ideò legari non possunt, quia legatæ nihil emolumenti legatario adferunt, sunt tum res legatarii propriæ, tum ei debitæ.

25 Res legatarii propria, si purè ipsi legetur, (a) in tantùm inutile est legatum, (b) ut quamvis eam legatarius alienaverit, non tamen debeatur vel res, vel rei illius æstimatio. (c)

a) Sub conditione enim si legetur poterit legatum valere, si scilicet existen-

existentis conditionis tempore res ea legatarii non sit, *l. cætera 41. §. tractari. ff. de legat. 1. l. 1. §. 1. & l. 4. ff. de Reg. Catonian.* (b) Cùm enim dominium legatario per legatum adquiratur. *§. hactenus. vers. nam legatorum. Instit. per quas person. cuique adquirit. tit. Instit. de legat. in princip.* amplius per legatum ejus fieri non potest, quod jam ante illius est, *§. sed si rem. 10. Instit. hoc titul. l. non ut ex pluribus 159. ff. de regul. jur. l. an eadem 14. §. actiones vers. neque enim amplius. ff. de except. rei jud.* (c) Vires enim cum ab initio non habuerit legatum, *d. §. sed si rem legatarii. Instit. hoc titul. & dict. l. 41. §. tractari. ff. de legat. 1.* tractu temporis non convalescit, *l. quod initio 29. l. omnia 200. & l. penultim. ff. de regul. jur.* Sed è diametro repugnat *l. 1. §. fin. ff. de Reg. Caton.* vide post Bartol. & veteres *ad dict. leg. 1. §. fin.* ex recentioribus. Wesenbec. *in §. sed rem legatarii. Instit. hoc titul.* Donell. *lib. 8. Commentar. cap. 13. pag. 255.* Inprimis verò Cujac. *ad d. §. sed si rem. in verb. & licet alienaverit.* & ibid. Hotomann. *Instit. h. t.* Arum. *exercit. Instit. 9. thes. 5.* Hunn. *in resolut.* Treutl. *vol. 3. disput. 13. thes. 3. quæst. 25.* Vasquium *de success. progress. lib. 3. §. 27.*

Ea tamen alicui utiliter legantur, quæ perfectè ipsius non sunt; ut 28
quæ ei evinci possunt: (a) fundum item emphyteuticum proprietario emphyteuta rectè legat; (b) ut & feudale prædium Vasallus patrono suo; (c) tum etiam usufructuarius fundum fructuarium domino proprietatis; (d) Superficies quoque domino soli utiliter legatur; (e) ut & res pignoratitia, à creditore debitori; (f) & quævis alia res, in qua legator jus aliquod constitutum habet. (g)

a) Veluti res usucapta ex bonis illius, qui Reipub. causa abfuit: quia evinci potest, *l. non quocunque 82. §. si ex bonis. ff. de legat. 1. l. 1. ff. ex quib. causis major. §. sed ista quidem. 3. vers. vel ex diverso.* ubi Donell. & *§. rursus. 5. Instit. de action.* (b) Fundus enim emphyteusi liberatur, & pleno jure ad dominum redit. *l. si domus 71. §. si fundus municipum. ff. de legat. 1.* (c) Per ea quæ scribit Nicol. Everhard. *in loco, ab emphyteusi ad feudum.* Sed vide Fachin. *lib. 5. controvers. cap. 37.* (d) Idem namque jus obtinet in emphyteusi, quæ & ipsa jus est fruendi prædio alieno, æquè ut usus fructus. *§. adeò. 3. ibi, fruenda traduntur. Instit. de locat. conduct. l. 1. §. 1. ibi, fruendum conduxerunt, ff. si ag. vectig.* Donell. *libr. 8. cap. 11. pagin. 246. & seq.* (e) Servitute enim liberatur & superficiem lucratur dominus soli, *l. si tibi. 86. §. ult. ff. de legat. 1.* facit *l. si domus 71. §. si fundus. ff. eodem.* (f) Hoc enim legato consequitur debitor ex testamento actionem, adversus heredem creditoris, ut pignus remittat, remque ipsam reddat, *l. si tibi 86. ff. de legat. 1.* Ipsa tamen debita pecunia hoc legato remissa non videtur, *l. 3. ff. de pact.* (g) Ipsum enim jus mihi legari videtur. Anton. Gomez. *tom. 1. cap. 12. num. 13. variar. resolut.*

27 Et tantùm de re legatarii propria: Res legatario debita inutiliter ipsi legatur, si non plus sit in legato quam debito; (a) quod contingit vel potestate novæ actionis efficacioris, sive plenioris; vel dominii adquisitione; vel prioris debiti repræsentatione; quibus casibus valet, & utile est legatum. (b)

a) §. *Ex contrario. 14. Instit. hoc tit.* (b) *l. fin autem 29. ff. de legat. 1. & § ex contrario. 14. vers. quod si in diem. Instit. eod.* Vide Gomez. *tom. 1. resolut. cap. fin. numer. 26.* Quomodo *l. verbis. 5. ff. ad l. Falcid.* cum *l. debitor 8 ff. d legat. 2.* in concordiam redigatur vide me *ad Instit. in hoc tit. num. 181.* Pacium *cent. 6. ἀναλυφ. quæst. 18.* Nicol. de Passerib. *in conciliat. leg pag mihi 312.*

28 Potestate novæ actionis efficacioris valet legatum debiti, quod creditori suo, debitor, tutus adversus eum exceptione, legat. (a) Potestate verò novæ actionis plenioris, si honoraria actione annali, vel ex stricti juris contractu debitum, creditori à debitore testamento vel Codicillis legetur. (b) Dominii adquisitione, si res ex contractu creditori debita, eidem legetur. (c) Et denique repræsentatione sive prioris debiti maturiori solutione, si quod in diem vel sub conditione, vel loco remotiori debetur, à debitore creditori legetur purè, vel die citeriori, vel loco propinquiori. (d)

a) Quia remissa ei exceptio videtur, *l. si creditori 28. in princ. ff. de legat. 1.* (b) Datur enim ex testamento actio civilis perpetua, pro honoraria annali, *dict. l. si creditori. 28. in princ. vers. Aristo. ff. de legat. 1.* Donell. *libr. 8. Comment. cap. 11. pag. 247.* Et pro actione ex stricti juris contractu, actio legati ex testamento, quæ plenior est, *l. 3 §. 2. ff. de legat 3.* & in quam vemunt ex mora fructus & usuræ, *d. l. 28 §. ult ff. de leg. 1. l. 3. l. usuræ 34. ff de usur. l. 3. Cod. in quib. causis in integr. rest. necess. non sit.* (c) Quia hoc legato absque traditione statim dominus efficitur legatarius, *l 3. §. si rem ff. de legat. 3. l. 1. in fin. ff. de Pub. in rem act. l. 64. in fin. ff. de furtis.* (d) *d §. ex contrario. vers. quod si in diem. Instit. h. t. & d. l fin autem 29. ff de leg 1.* Repræsentatione valet etiam dotis legatum uxori à marito factum. *§. sed si uxori. Instit. h. tit. & t. tit ff de dot. prælegat.* cum plenius sit legatum dotis, quàm actio de dote, *d §. sed si uxori, l. 1. in pr. ibi, & verum est. ff. de dot. præleg. l. un §. cumque. C. de rei uxoriæ action.*

29 Sed quæritur, utrùm extinguatur hujusmodi legatum, si vivo testatore obligationis dies venerit, vel conditio extiterit, ex quâ debitor creditori, quod debet, purè legavit? & subsistere nihilominus legatum contra Paulum IC. cum Papiniano asserimus.

In l. verbis legati 5. in fin. ff. ad l Falcid. cujus sententiam comprobavit Iustin. Imp. *in dict. §. ex contrario. 14. vers. quòd si vivo. Instit. hoc tit.*

contra

contra Paul. *in l. debitor decem 82. in princip. vers. quod si vivo testatore. ff. de leg. 2.* vide Balduin. *in Iustin. pag. 442.* & me *ad titul. Iustit. de legat. numer 181.*

Dispiciendum nunc de rebus, quæ legari utiliter possunt. Vtiliter autem legantur reliquæ res omnes, quæ non cadunt sub aliquod genus earum rerum, quas inutiliter legari diximus? Neque refert corporales sint, vel incorporales; *(a)* præsentes, an futuræ; *(b)* testatoris sive legatarii propriæ, vel alienæ, aut alii obligatæ. *(c)* 30

a) §. *Tam autem corporales, 21. Instit hoc tit. l. cætera 41. in princ ff. de legat. 1.* Paul. *lib. 3. sentent. tit. 6. §. similiq; modo.* (b) §. *ea quoq; res. 7. Inst. hoc titul. l. quod in rerum. 24. ff. de legatis. 1. l. 7. ff. de trit. vin. vel oleo leg. l. hæres. 15. & l. etiam ea 17. ff. de legat. 3.* Sed si futurarum hujusmodi rerum non existat tantum postea, quantum legatum est, an heres ad præstationem totius teneatur? videtur affirmandum per *l. 27. § fin ff de leg 3. & l. 12. ff. de alim. vel cibar. legat.* (c) §. *non solùm. & §. sed & si rem obligatam. Instit. h. tit. l. cùm servus 39. §. constat. l. si res obligata 57. l. ab omnibus 104. §. etiam, ff. de leg. 1. l. cùm alienam 10. Cod de legat.* Sed utrum rei alienæ legatum de jure etiam Canonico valeat, vide Fachinæ. *libr. 5. capit. 30.*

Incorporalis res legari quæ potest, est obligatio, & actio, sive id 31
quod testatori debetur: quo legato continetur, ut heres actionem legatario præstet. *(a)* Est item hujus generis legatum gregis, armenti, equitii, *(b)* peculii, *(c)* ususfructus, usus, servitutis prædiorum, *(d)* portionis item hereditatis. *(e)*

a) *l. Sic legatum. 75. §. si mihi. & §. seq. l. legatum 105. ff. de legat. 1. §. Tam autem. 21. Instit. hoc tit.* Vtilem quidem actionem sine cessione legatarius habet, *l. ex legato, 18. C. de legat. l. sed nec 11. ff de condict. furtiv.* verùm actionis directæ privilegium, nisi mandata actione non habet. *l. emptor, C. de heredit. vel action. vendit.* Ejusmodi quoque legatum est, si à creditore liberatio debitori legetur. *§. si quis debitori. Instit. hoc tit. & toto tit. ff. de liberat. legat.* (b) Designant enim & significant universitatem, non speciem, *l. 1. §. ultim. ff. de rei vindicat. l. quid ergò 70. §. sed quod dicitur: ff de usufr.* Et licet unica tantùm ovis, vel bos, vel equus supersit, legatario debetur: ut econtrà ea quoque capita, quæ post testamentum, gregi, armento, vel equitio, adjiciuntur, legato cedunt, *§. si grex. Instit. h. tit. l. grege legato 21. ff. d. legat. 1. l. equis 8. ff. de usur.* (c) Peculium enim est res incorporalis, Cujacius *in not. ad tit. Instit. de rebus corpor. & incorpor.* & de hoc legato textus est in *§. si peculium & §. seq Instit. hoc tit. & toto tit. ff. de Pecul. legat.* (d) *§. ususfructus à proprietate, & §. seq. Instit. de usufruct. §. sed & si pecorum. Instit. de usu & habit. d. l. 41. in princ. ff. de legat. 1.*

gat. l. tot titul. ff. de usu & usufruct. legat. l. 3. ff. de usufruct. §. ultim. Instit. de servitut. rust. & urb. præd. & tot. tit. de servitut. legat. (c) Quale legatum utile est, *l. cum ex filio 39. in princ. ff. de vulgar. & pupillar. sub. l. mulier. 22. §. ultim. ff. ad Senatusconsultum Trebellian.* Vlpianus *in frag. Instit. hoc titul.*

32 Aliena res legatur, si non ipsius testatoris propria, sed vel heredis, vel alterius cujuspiam res alicui legetur: quam si sciens alienam esse, legaverit, vel rem ipsam heres præstare tenetur, si comparari queat, vel ejus æstimationem, si redimi non possit; (*a*) sin ignorans, nec res debetur, nec ejus æstimatio; nisi ipsius fuerit heredis. (*b*)

a) §. *Quod autem diximus, Instit. hoc tit. dict. l. cum aliena. 10. C. eod. tit. l. unum 67. §. si rem tuam. ff. de legat. 2. l. cum servus 39. §. constat. ff. de legat. 1. §. non solum, Instit. hoc tit. n.* Arumæus *exercit. 9. thes. 3.* (b) *dict. l. 67. dict. §. ff. dict. tit.* Mantica *de conject. ultim. volunt. libr. 9. tit. 10. numer. 7.* Fachinæus *lib. 5. controv. cap. 38.*

33 Res testatoris alii obligata si legetur ab ipso, tenetur heres eam luere, si vel legatarius probaverit defunctum sciviſſe, eam esse obligatam: vel si ut heres eam lueret, nominatim testator expresserit.

l. Verius 21. ff. de probation. d. §. sed & si rem obligatam; Instit. hoc tit. l. si res. 57. ff. de legat. 1. & l. prædia. C. de fideicommiss. Quod tamen plus est in precio rei pignoratæ, quam in ipso debito, legatarius luit. *dict. l. si res ff. de legat. 1.* Sed an æstimatio rei legatæ debeatur, si difficilis sit ejus comparatio. Affirmatur *per l. cum servus 39. §. constat. ff. de legat. 1.*

34 Hæc de rebus quæ legantur: Agendum nunc de factis, quæ similiter legari possunt, vel non possunt legari. Legari possunt ea facta, quæ jus fieri non vetat, veluti domum alicui reficere; ære alieno aliquem liberare; (*a*) Et ejusmodi factum, si ipsumne et heredem præstare jusserit testator, pecuniâ legatario datâ, ut ipse faciat, aut ab alio fieri curet, non liberatur heres, sed legatario desiderante ipse heres facere omninò tenetur. (*b*)

a) §. *Sed & tale. Instit. hoc tit. l. mortuo bove. 49. in fin. ff. de legat. 2.* Paul. *libr. 3. sent. tit. 6. §. donare heres.* (b) *l. fideicommissa. 11. §. ult. ff. de leg. 3. l. un. §. ne autem hoc. vers. sin autem in faciendo. & vers. seq. C. de caduc. tollend.*

35 Legari non potest factum illud, quod jus improbat, & fieri vetat; (*a*) uti nec factum, ad quod is, à quo legatur, jam ante legatario fuit obligatus. (*b*)

a) *l. Filius 15. ff. de condit. Instit. l. si quis 12. §. penult. & ultim. ff. de legat. 1. l. non dubium 3. Cod. de Et.* (b) *l. cum patet 77. §. curatoris.* ubi gl. & Dd. *ff. de legat. 2.*

Dispu-

Dispiciendum deinceps de modo relinquendi legatum. Modus relinquendi legatum, est quædam ratio legandi, quâ ipsi legato qualitas aliqua adjicitur; Estque duplex; Consistit enim vel in legati subjecto, vel in legati adjuncto. 36

Modus & ratio legati in subjecto consistens est, quod legatum vel testamento relinquitur, vel relinquitur Codicillis. 37

Olim solo testamento legata relinqui poterant, §. *prætered. Instit. de fideicommiss. hered.* verùm hodiè cum fideicommissis, sint exæquata. §. *sed non ultro. Instit. hoc tit. l. 2. C. communia de legat. & fideicommiss* relinqui possunt non solùm testamento, sed & Codicillis quibusvis, etiam testamento non confirmatis: & proinde quavis epistola, & libello, quinque testibus adhibitis. § *non tantùm. Instit. de Codicillis, l. & in epistola 22. C. de fideicommiss. juncta l. ultim. §. fin. C. de Codicill.* Etsi testamento, tam ante, quam post heredis Institutionem relinqui possunt, §. *ante heredis, Instit. hoc tit. l. ambiguitates 24. Cod. de testament.* Legati igitur subjecta, quibus hodiè relinquitur, sunt tùm testamentum, tùm Codicillus, *l. quod purè 6. §. ultim. ff. quand. dies leg. ced. l. si quis 22. in pr. ff. de legat. 3.*

Modus legati in adjuncto consistens est, si ipsi legato præter subjectum qualitas quædam extrinsecus adjungatur. Concluditur autem hic modus tribus maximè generibus adjunctorum legati, quorum primum continet tùm genus verborum, quibus legatum relinquitur; tùm generalitatem, vel optionem rei legatæ. 38

Genera verborum, quibus legatum relinqnitur, duo sunt; unum est verborum solemnium, alterum verborum quorumvis aliorum, quibus nodie legatum utiliter relinquitur; Et ratione verborum solemnium, quibus solis antiquitus relinqui legatum potuit, legatorum modi, sive genera tant hæc quatuor, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, & per præceptionem. 39

§. *Sed olim quidem & §. seq. Instit. h. t. l. in legatis 21. C. de legat. §. 1. t. 24. Inst.* Ulp. *& t. 5. Inst. Caj.*

Per vindicationem legatur his verbis; do, lego, capito, sumito, habeto; & quidem ita legantur res illæ, quæ utroque tempore, mortis scilicet & condit testamenti, testatoris ex jure Quiritum fuerunt; præterquam si contineantur, vel pondere, vel numero, vel mensura, quas mortis tempore testatoris fuisse satis est. 40

Ulp. *d. l. §. per vindicationem*, & Cajus *d. lib. 2. t. 5. §. caterum inter damnationis.*

Per damnationem legatur his verbis; Heres meus damnas esto dare, dato, facito, hi eadem dare jubeo; atque his verbis leganturres non solùm testatoris propriæ, sed & alienæ. 41

Ulp. & Cajus *dd. locis §. per damnationem.*

42 Sinendi modo legatur his verbis: heres meus damnas esto sinere Titium illam rem sumere, sibique habere: vel, heres meus permittat Titium rem illam præsumere, & sibi habere; quomodo legantur res propriæ testatoris, & res ipsius heredis.

Vlp. & Cajus. *dd locis. §. sinendi modo.*

43 Per præceptionem legatur his verbis; Cajus illam rem præcipito. Atque ita legantur alicui ex heredibus res testatoris propriæ; (a) Exq; vel jure hereditario, id est, pro ea parte, ex qua heres est, & quam habiturus fuisset, etsi de re tota nihil ipsi legatum esset, vel non hereditario jure, id est, quam pro parte heres, non haberet, nisi specialiter ipsi eadem à coherede legata fuisset. (b)

a) Vlp. *dict. loco. §. per præceptionem*, & Cajus *ibid. §. præceptionis verò.* Legatum hoc modo relictum dicitur etiam prælegatum *in l. Titia 86. ff. ad l. Falcid. l. cum pater 77. §. evictis. de legat. 2. l. Paula. 27. §. 1. l. uxorem 41. §. felicissimo. de legat 3.* eò quòd is, cui ita legatur, rem legatam capit ante omnia, seu præ cæteris in divisione hereditatis; unde & præceptio dicitur *in l. 3. §. pen ff. ad SC. Trebell.* (b) Ipsius igitur illa fit jure legati; quia eam accipit à coherede, à quo testator eandem ipsi legavit, *l. in fideicommissarium 18. §. ult. ff. ad Trebell.* Donell. *lib. 7. Comment. p. 201. in fin. & pag seq.*

44 Cæterùm quæritur, cum hujusmodi verborum solemnitas principum constitutionibus penitus sublata dicatur, (a) utrum & hodie adhuc per ejusmodi verba legatum relinquere liceat? Et quibuslibet sive solemnibus, sive aliis verbis, ad exprimendam voluntatis intentionem idoneis utiliter relinqui legatum asserimus. (b)

a) *§. Sed ex constitutionibus. Inst. h. t. l. in legatis 21. C. de legat.* (b) *l. quoniam 15. C. de testament. §. sed tale. Inst. h. t.* Quæstio elegans est, an legatum in minus solenni vel imperfecto testamento relictum (præsertim in foro conscientiæ) debeatur? quam eleganter resolvit Excellentiss. Dn. D. Besold. *vol. 2 cons. 86. per tot.*

45 Generalitate rei legatæ affectum est legatum, si quid generaliter sive simpliciter, certo individuo non expresso, fuerit legatum: ut si servum testator legaverit, aut fundum, vel equum; nec simul expresserit, quem servum, vel equum, vel fundum legatum voluerit.

§. Si generaliter. Instit. h. t. l. si domus 71. in princ ff. de legat. 2. l. cum posi 69. §. gener à socero. ff. de jur. dot.

46 8 Hoc autem modo relictum legatum utile est, & debetur, si testator ejus generis res in hereditate reliquerit. (a) Etsi plures ejusdem generis reliquerit, quia legatarii electio est, non heredis, quam rem legatarius volet, heres ipsi dare tenetur; (b) nisi testator expressè electionem heredi dederit. (c)

a) *l. si*

a) *l. Si domus 71 in princ. ff. de legat. 1. l. cum post 69. §. gener.* ubi Doctores. *ff de jure dotium.* (b) *§ fi generaliter. Institut. hoc titul. l. si servus 108. §. cùm homo. ff. de legat. 1. dict. leg. si domus in princ. l. si cui simpliciter 9. ff. de servitut. l. 2. §. 1. ff. de opt. legat.* Quæ sententia quamvis antiquitus tantùm obtinuit in legato vindicationis, uti arguit, *dict. leg. si servus 108. §. cùm homo, ibi, cui potestas sit qua actione uti velit. ff. de legat. 1.* non verò in legato damnationis, *l. si à substituto 45. §. 1. de Legat. 1. l. si via 26. ff. de servitut. prad. rustic.* Cujac. *tract. ad African. in explic. dict. l. 108. § cum homo ff. de legat. 1.* Balduin. *in Iustiniano suo. pagin. 107. & seq.* Hodiè tamen cum omnium legatorum eadem sit natura quibuscunque verbis, & quocunque modo relicta fuerint, *§ sed olim juncto. §. nostra autem constitutio. Inst. hoc t. l. 1. C. communia de leg. & fideicommiss.* rebus generaliter sive simpliciter legatis, semper legatarii non heredis erit electio. Non tamen vel optimum vel pessimum à legatario eligendum est, sed id quod est mediocre *l. legato 73. in pr. ff. de legat. 1.* (c) *d. §. fi generaliter. Inst h. t. & l. servo generaliter. ff. de opt. vel elect. legat.*

Optione affectum est legatum, si testator ex servis suis, vel aliis re- 47
bus, legatarium, quod corpus volet, optare jusserit.

§. Optionis, Inst. h. t & t. 1. ff. de opt. legat. Quod si plurali numero, servorum, vestium, vel rerum aliarum optionem testator reliquerit, tres servos aut vestes legatarius optare poterit, *l. 1. ff. de opt. legat.* Menoch. *de præsumpt. p. 2. lib. 4. præsumpt. 150.*

Optio autem legata, cùm sit actus legitimus, *(a)* adita demum 48
hereditate, *(b)* & non nisi solemniter testibus præsentibus, & herede universam, ex quibus optio legatario data est, rerum syntheſin exhibente, definito à prætore die, *(c)* ab ipsomet legatario expediri debet; *(d)* Non tamen refert, quam rem legatarius optet, mediocrem, vel optimam, *(e)* & utrum legatarius ipse vel ipsius heredes. *(f)* Et si plures legatarii extiterint, quibus optio est relicta, & circa optandum inter se dissentiant, ejus præcellet optio, ad quem sors devenerit. *(g)*

a) *l. Actus legitimi 77. ff. de R. I.* Cujac. *lib. 23. observ. cap. 14.* (b) *l. optione 16 ff. de opt. legat. l. Iulianus 10. ff. de Legat. 1.* (c) *l. 3. §. item si optare, ff. ad exhibend. l. 4. ff. de option. Legat. l. mancipiorum 6. ff. de opt. legat.* Cujac. *in d. l. 77. ff. de R. I.* (d) Actus enim legitimi per alium, puta procuratorem, expediri non possunt, *l. nemo 123 ff. de R. I. l. per procuratorem 9. de adquir. vel omitt. hered.* Cujac. *ad d. l. 77. ff. de R. I.* obstare videtur *l. pen. ff. de opt. legat.* vide Cujac. *lib. 15. obs. cap. 16.* (e) *l. si quis 9. §. 1. ibi, vel ut optem servum, ff. de dolo, l. 2. in princ ff. de opt. legat.* sed vide *l. ultim. §. 1. C. communia de legat. & fideicommiss.* (f) Olim in se tacitam conditionem habebat, legatarii personæ adscriptam, unde non transibat

sibat ad heredes, *l. 3. ff. qui & à quib. manumiss. &c. §. optionis, Institut. h. t.* Hodiè verò ex Iustiniani constitutione purum est legatum; proindeque etiam heredes legatarii optare possunt, *d. §. optionis legatum, & l. ultim. C. communia de legat. & fidicom.* obstat. *l. illud 19. ff. de opt. legat. ubi gl.* vide Hotom. *in d. §. optionis legatum, Inst. d. t.* & Bald. *in Iustiniano, pag. 322.* (g) *dict. §. optionis legatum, & dict. l. ultim. C. communia de legat. & fidicommiss.*

49 Atque hæc de primo genere adjunctorum legati; secundum genus continet dationem legati purè, vel in diem certum, vel sub conditione factam; tùm demonstrationem, causam, vel modum legati.

De his legati adjunctis est *t. t. ff. de condit. & demonstr. t. item t. C. de falsa causa adjecta, cum t. duobus seqq.*

50 Purè datur & relinquitur legatum, cum ipsi neque dies, neque conditio adscribitur; (a) vel cum alicui legatum sub conditione impossibili relinquitur; (b) vel ita; heres meus cùm morietur Titius, centum ei dato. (c)

a) *l. 1. In princ. ff. de condit. & demonstr. l. omnia 32. in princ. ff. de legat. 2.* His etiam verbis: Cajus heres Mævio fundum Cornelianum dato, cùm eum ab ipso peterit, *l. Titia 85. ff. de condit. & demonstr. l. si decem 48.* ubi Cujac. & Donell. *ff. de verb. oblig. l. muto 6. §. 1. ff. de tutel.* Vel ita; Æliæ filiæ meæ decem do lego, quæ accipere debebit cum ad legitimam ætatem pervenerit, *l. pen. ff. quand. dies legat. ced.* (b) Nam & hoc legatum pro puro habetur, *l. 5. §. idemq; ff. d. t.* & conditio adjecta pro non scripta, *l. 3. l. 6. in fin. l. non dubitamus 20. ff. de condit. & demonstr. l. conditiones 9. & l. 14. ff. de condit. Inst. obst. §. ult. Inst. h. t. & l. un. in fin. C. de his, quæ pœn. nomine.* vide Cujac. *in not. poster. ad d. §. Inst. d. t.* (c) *l. heres 79. in princ. ff. de condit. & demonstr. l. 4. §. ult. ff. quand. dies legat. ced.* Cujac. *lib. 18 obs. cap. 1.* Et quamvis hoc legatum videatur conditionale, *l. Cornelius 69. in fin. ff. de hered. Inst.* quippe cùm incertum sit, quando legatarius sit moriturus: quia tamen certum est, ipsi legatario etiam vivo debitum hoc iri legatum, cum scilicet in agone constitutus fuerit, purum est, non conditionale legatum, *d. l. heres, & facit l. 9. §. 1. ff. de novat. l. nam si 17. ff. de condict. indeb.* In legatis enim propriè conditio est, quæ an vivo legatario extitura sit, nec ne, planè incertum est; qualis est conditio heredis personæ adscripta hæc; cùm heres morietur, *d. l. heres, & l. quod si ea 18. ff. de condict. indebit. l. si Titio 22. in princ. ff. quand. dies legat. ced.*

51 Legati autem purè data dies, quia statim à morte testatoris cedit, (a) simulatque testator decesserit, legatario debetur. (a) Unde

& præ-

& præsens esse hoc legatum, & præsens deberi dicitur: (c) Ideoque licet post diei illius cessionem, ante aditam hereditatem legatarius mortuus fuerit, legatum tamen ad quemvis heredem suum jure transmittit. (d)

l. 5. §. 1. l. Heredis 7. in princ. & l. nec semel 12. §. item Celsus, ff. quand. dies legat. ced. l. un. §. cùm igitur, vers. similiq; modo. C. de caduc. tollend. (b) Nam cedere diem significat incipere deberi rem ipsam, *l. 213. ff. de verb. sign.* nec obstant *l. & eleganter 7 §. item si servum, ff. de dolo, l. servum 44. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cùm servus, ff. de Legat. 1.* quibus habetur, rem legatam legatarii non esse, priusquam adita fuerit hereditas. Aliud enim est aliquid alicui deberi, aliud item aliquid alicujus esse, *l. non ut, 159. ff. de R. I. l. 14. §. actiones, vers. neque enim, ff. de except. rei Iudicatæ:* quorum illud solam obligationem, hoc verò dominium rei designat, *l. Quintus Mutius 27. §. argento, l. scribit 34. ff. de aur. & argent. legat. l. non videntur 167. ff. de R. I. §. sic itaque discretis, Inst. de action.* Legatum igitur à morte testatoris statim debetur, sed legatarii esse non intelligitur, priusquam hereditas adita fuerit. Obstat. *l. 64. ff. de furt.* Et hæc quidem obtinent, si testator legaverit rem suam propriam, non etiam si alienam *d. l. à Titio 64 ff. de Furt* Cujac. *in Parat. C. t communia de legat. & fideicommiss.* (c) *l. 1. in princ. ff. de condit. & demonstr. l. 30. §. quid si forte ff. d. Legat. l. cum sine 19. §. si debitor, ff. quand. dies legat. facit l. 14. ff. de R. I.* (d) *l. 5. §. 1. l. heredis 7. in princ. & §. 1. l. cum sine 19. §. penult. ff. quand. dies legat. ced. l. quod purè 6. §. 1. ff. eod.* Servitutes tamen personales legatæ, veluti ususfructus, usus & habitatio, ad heredes non transferuntur, *l. 2. l. 3. §. 1. ff. dict. titul. l. un. §. libertatibus, C. de caduc. tollend.*

52 Ipsa tamen res purè legata ex die demùm aditæ hereditatis peti & præstari potest; (a) vel si dies insit, aut conditio ipsi legato, post aditam hereditatem eo tempore, quo per rerum naturam legatum præstari poterit. (b)

a) *l. Omnia 32. in princ ff. de Legat. 2. l. servum. 44 §. 1. l. si tibi 86. §. cùm servus, ff. de leg. 1.* Testamentum enim sicut hereditatis aditione confirmatur, ita eâ omissâ irritum planè constituitur, *l. 1. in fin. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testament. l. eam. 14. C. de fideicommiss.* (b) Vt si opus aliquod facere heres jussus sit, aut fructus nondum percepti legati fuerint, *l. 1. in princip. & §. ultim. ff. de condit. & demonstrat. l. interdum 73. ff. de verbor. obligat.* Mora namque legato injecta videtur *l. 6. §. 1. ff. quand. dies legat.*

53 In diem certum relinquitur legatum, quod ex certo die dari, præstarivè jubetur; (a) cujus legati dies, quia statim à morte testatoris cedit,

exindè similiter debetur, (b) & mortuo legatario ad ipsius heredes transmittitur; (c) sed peti à testatoris herede invito non potest, priusquam dies venerit. (d)

a) *l. Si dies 21. in pr. ff. quand. dies legat. facit. §. omnis stipulatio, vers. in diem, Instit. de verb. oblig.* (b) *l. 5. §. 1. ff quand. dies legat. & d. l. un. §. cum igitur, C. de caduc. tollend.* (c) *d. l. 5. § 1. l. heredis 7. in princ. d. l. si dies 21. in princ. & l. seq. §. quædam autem ff. quand. dies legat. ced. l. pen. C. dict. t.* Excipitur ususfructus, vel habitatio legata; quæ cùm legatarii persona finiuntur *l. 2. 3. 5. §. 1. ff. d. t. l. un. § libertatibus, C. de caduc. toll.* (d) *l. si dies 21. ff quand. dies leg. l. cedere diem 213. ff. de verb. sig. § omnis stipulatio, vers. id autem. Inst. de verb obl.* Solvi tamen & præstari potest ab herede volente etiamsi dies ille adjectus nondum venerit, *l. 1. §. 1. ff. de cond. & demonstr. l. 22. §. quadam, ff. quand. dies legat. l. quod certa 70. ff. de solution.*

54 Sub conditione relinquitur legatum, cùm legati debitum in futurum aliquem casum incertum differtur.

l. 1. §. Dies autem & l. heres 79. §. 1. ff. de cond. & demonstr. § sub conditione, & §. conditiones, Instit. de verb. oblig. l. 6. §. 1. ff. quand. dies legat. Relinquitur autem hoc legatum non modò per grammaticam particulam, si, sed & alias futuri temporis particulas, cùm, ubi, postquam, quandocunque, quamdiu, dum, &c. Item per demonstrationem ex futuro tempore desumptam. Conditionale igitur legatum est non modò si ita legetur; si navis ex Asia venerit, centum do lego, *l. 2. ff. de condit. & demonstr.* sed & si legetur in diem incertum ita; heres meus, cùm morietur ipse, Titio centum dato, *l. heres 79. §. 1. d. l. 4. ff. quand dies legat. l. quodcunque 4. §. non solùm, ff. de verb. oblig.* Cujac. *libr. 18. obs. cap. 1. vel hoc modo:* Filiæ meæ cùm pubes erit, vel postquam nupserit, Sejo cùm magistratum inierit, aut quandocunque res filii mei gesserit, Vxori meæ ubi liberos habebit, centum do lego: *l. si dies 21. & l. seq ff. quand. dies legat. l. si cui 49. §. hoc autem ff de Legat. 1. l. si ita 45. ff. de Legat. 2. l. cùm vir 25. l. pater 101. §. ultim. l. si quis 8. ff. de condit. & demonstr. Item si quid in annos singulos fuerit relictum, l. 4. l. in singulos 8. l. 11. ff de ann. legat. l. nec simel 12. in princ. & §§. seqq. ff. quand. dies legat. l. 1. §. si in annos ff. ad l. Falcid. vel pœnæ nomine, id est, in heredis odium & pœnam aliquid sit legatum, l. si ita. 12. in fin ibi, pœna in futurum confertur. ff de cond. & demonstr. §. pœnæ quoque nomine, vers pœnæ autem, Instit. hoc tit. juncto §. sed hujusmodi, eod. titul. l. unic.* ubi Cujac. *in Paratitl. Cod. de hu qua pœn. nom. in testam. scribuntur.*

55 Quòd si non ipsum legatum, sed illius executio in ejusmodi aliquem incertum casum differatur, id est, si verba futuri temporis relati-

va, cùm, ubi, quando, non ipsi legationi à testatore factæ, sed solutioni, sive petitioni legati prius dati adjiciantur, purum est, non conditionale legatum.

Siquidem legato non conditio inserta sive adjecta, sed petitio in tempus dilata, eique mora injecta censeatur *l. quod purè 6. §. 1. ff. quand. dies legat. l. heres 79. in princ. ff. de condit. & demonstr. l. pen. C. quand. dies legat l. Sejus 46. ff. ad SC. Trebell.* Bald. *consil. 286. num. 4. libr 3.* Socin. Sen. *consil. 92. col 7 vers. confirmatur, lib. 1.* Gravett. *cons. 101. num. 1.* Menoch. *cons. 6. num. 38. lib. 1.* Surd. *consil. 146. num. 22. lib. 1.* Conditionale tamen est legatum, quod primò quidem purè datur, sed postea per verbum, S i, legatario ab herede præstari jubetur, textus *in l. quibus 40. §. quidam, & in l. 89. ff. de condit. & demonstrat.*

Sicuti purum quoque censetur legatum, cujus conditio vel est na- 56
turâ, aut Iure impossibilis, *(a)* vel derisoria; *(b)* quia utraque subducitur, & pro non scripta habetur.

a) Id est, cujus eventum vel natura, vel lex aversatur. Natura, veluti, si digito cœlum attigeris; si Rhenum ebiberis. Lex, si sororem uxorem duxeris; si rem sacram aut religiosam vendideris, *l. si post diem, §. idemq;, ff. quand. dies. leg. l. conditiones 14. ff. de cond. Instit. §. si impossibiles, Instit. de verbor. obligat. l. 3. ff. de condit. & demonstr. l. conditiones 9. l. conditiones 14. & l. seq. ff. de condit. Instit.* Obstare videtur, *§. ult. Instit. h. tit. & l. un. Cod. de ïs, quæ pœn. nom.* vide post gloss. *in d. l. un. in verbo, servabitur*, Cujac. *in not. post. ad d. §. ult. Instit. h. tit.* & ad Vlpian. *tit. de legat. §. pœnæ causa, in l. 7. in fin. ff. de verbor. oblig.* Nullius quoque sunt momenti contractus propter conditionem impossibilem adjectam, *§. impossibilis, Instit. de inutil. stip. l. 7. ff. de verb. oblig. l. non solùm 31. ff. de oblig. & act.* vide eundem Cujac. *ad d. l. 7. & ibid.* etiam Duaren. & Donell. *ff. de verb obligat.* (b) Quæ ob ineptam stultam testatoris opinionem risu digna judicatur, *d. l. conditiones 14. ff. de cond Instit.* Donell. *libr. 8. Commentar. cap. 32. pag. 344.* Hinc etiam magna illa exsurgit quæstio, an legatum sub illa conditione relinqui possit si professus fuerit Catholicam religionem, vel Augustanæ Confessionis, & an illa conditio pro licita habenda sit: Et illam multis elegantissimis rationibus motus cen impossibilem stultam, turpem, & improbabilem impiamque rejicit Absolutiss. Besoldus *in delibat. ff. ad libr 5. sub. quæst 27. fol. 469.* & Crasius *in dissert. d. interdict cap 5. de interd. quod legator. thes 61. fol. 36.*

Sub possibili autem & vera conditione relictum legatum, quia ejus 57
dies non cedit, pendente adhuc conditione, legatario non debetur, antequam conditio fuerit impleta.

Dict. l. si post diem 5. §. sed si sub condit. l. heredis 7. §. 1. ff. quand. dies

legat. ced. l. cedere diem 113. ff. de verbor. signific. proindeque si, antequam illa extiterit, legatarius moriatur, legatum ad suos heredes non transmittit, *l. 4. in princ. l. 6. §. 1. l. hujusmodi 13. ff. quand. dies legat. l. un. §. sive autem, C. de caduc. tollend.*

58 Quod si facti sit illa conditio, eo, quo testator voluit tempore, impleri debebit; *(a)* sin tempus implendæ conditionis nullum constituerit, cùm primùm poterit, post mortem testatoris, adjectæ conditioni parere legatarius debebit. *(b)*

a) Vivo igitur testatore, vel eo mortuo conditio implenda est, prout testator se vel vivo, vel mortuo eandem impleri voluit, *l. 2. l hæc conditio 10. l. si jam 11. §. 1. & l. conditionum 91. ff. de conditionib. & demonstr.* De tempore implendæ conditionis vide quoque Cujac. *libr. 17. observat. cap. 22.* & Donell. *lib. 8. Commentar. jur. civil. cap 33. pag. 350.* (b) *l. hæc conditio 29. ff. de condit. & demonstr.* Donell. *dict. loco, pag. 351.* Si tamen quo minus impleatur per heredem steterit, vel cujus interest, aut per eum in cujus persona posita est conditio adjecta, pro impleta nihilominus habetur, *l. si post diem, §. item, ff. quand. dies legat. l. in Iure civili 161. ff. de Reg. Iur. l. Iulius Paulus 81. §. ult. l. filiæ suæ. 28. in princ. ff. de conditionib. & demonstr. l. 1. C. de Institut. & substitut. l. 1. C. de his quæ sub modo, l. turpia legata 54. ff. de Legat. 1.*

59 Sin adjecta conditio in non faciendo consistat, ante conditionis eventum, legatum quidem debetur, sed priùs non solvitur, quàm si cautionem Mutuanam legatarius præstiterit, legatum cum fructibus restituturum, si contra factum fuerit.

l. Mutiana 7. l. is, cui 18. l sub hac conditione 67. l. Titio fundus 73. l. heres 79. §. qui post Mutianam, ff. de conditionib. & demonstr. Et locum habet hæc cautio in conditionibus tantùm morte legatariorum finiendis, *l. Titio fundus 73. in princ. ff. d. tit.* hique non nuda cautione, sed datis fidejussoribus. *d. l. sub hac 67. ibi, satisdedit, l. 1. ff. qui satisdar. cogant.* Donell. *lib. 8. Commentar. cap. 33. in fin pag. 343.* de legato sub modo relicto, videatur omnino Arumæ. *decis. 2. num 11. 34. 38. 51. 52. & 62. lib. 2.* & vid. *tot. tit. C. de his qui sub modo.*

60 Atque hæc hactenus de legato purè, vel in diem, vel sub conditione dato. Sequitur nunc de legati demonstratione, causa, & modo. Demonstratio legati est nota & designatio certæ quantitatis legatæ, certivè corporis, extra nomen ejus facta; *(a)* quæ licèt falsa fuerit, legatum tamen non vitiat, *(b)* dummodò extiterit, quod falsò demonstratum fuit. *(c)*

a) §. *Huic proximæ, Instit. hoc tit. l. demonstratio 17. ff. de condition. & demonstr.* eaque ut plurimum rem factam ostendit, *l. nominatim. 34. in fin.*

fin. ff. de condition. & demonst. l. si non designata. 3. & l. refert. 5. Cod. de falsa causa. (b) *d. §. huic proxima, & d. l. demonstratio 17. l. falsa 33. ff. de condit. & demonstr. cùm planè frustra sit demonstratio rei satis demonstratæ. l. 1. §. si quis, ff. de dot. prælegat. & vice nominis fungatur, l. nominatim 34. ff. de condit. & demonstr. l. certum 6. ff. de reb. credit. quòd licet falsum fuerit, legatorum tamen non officiat, si alio quolibet modo res intelligi possit, l. si Fortidianum. 7. §. 1. Cod de Legat. § siquidem in nomine, Instit. hoc tit.* (c) *l. si servus. 108. §. qui quinque ff. de legat. 1. l. 1. §. sed & si dotem, ff. de dot. prælegat. l. si sic legatum 75. §. 1. & 2. ff. de Legat. 1. l. legavi 25. ff. de liberat. legat.*

Quod si non falsa sed vera demonstratio fuerit, testator autem summam legatam loco demonstratam alios in usus transtulerit, præstandum est nihilominus legatum hoc. 61

Per text. in l. quidam testamento. 86 in princ. ff. de legat.

Causa legati est ratio legandi in præteritum collata, quæ similiter licet falsa fuerit, legatum tamen non perimit, (a) nisi probetur ab herede, testatorem, si falsam illam causam esse scivisset, legaturum non fuisse. (b) 62

a) *l. Cum tale 72. §. falsam causam, ibi, ratio legandi, l. si ita legatum 12. ibi, causa in præteritum collata, ff. de condit demonstr. §. longe magis, Instit. hoc tit. l. demonstratio 17. §. quod autem iuru, ff. d. t.* (b) *dict. l. cum tale 72. §. falsam, ff. d. t.* Donell. *lib. 8. Comment cap. 15. pag. 258.*

Modus legati est finis legati, cujus gratiâ legatum relinquitur. (a) Sub modo autem legatum hereditate adiâ protinus heres præstare tenetur, si legatarius caverit, quòd parere adjecto modo velit. (b) 63

a) Veluti, ut monumentum testatori legatarius faciat, vel epulum municipibus exhibeat, *l. l. demonstratio. 17. §. ult. ff. de condit. & demonstrat* (b) Alioquin enim doli exceptione repelleretur, *l. eas 8. ff. de condit. & demonstr. l. si tibi 19. ff. de legat. 3. l cum in testamento. 48. ff. de fideicommiss. liber.* Quòd si adjecto modo legatarius non paruerit, legati repetitioni locus fit, *l. 1. C. de his quæ sub modo, l. cum tale legatum 72. ff. de condit. & demonstr.*

Restat tertium genus adjunctorum legati, quod continet tum conjunctionem plurium legatariorum, tum substitutionem legatatarii. Conjuncti legatarii dicuntur, quibus simul aliquid legati titulo relinquitur. 64

l. Item quod 17. §. 1. & 2. l. liber homo 59. §. cum quis, 3. l. heredes 63. l. sita quis, 66. ff. de hered Instituend. §. si eadem, Inst. h. t. l. conjunctim 80. ff. de legat. 3. l. hujusmodi. 34. §. quibus, 12. l. si duobus 16. ff. de legat. 1. l. sin. §. his ita & §. seq. C. de caduc. tollend.

65 Triplici autem modo legatarios conjunctos intelligimus: Aut enim re & verbis conjunguntur; aut re tantùm; aut verbis tantùm.

l. Tripliciter 142. ff. de verb. significat. ubi Gœdd. & Dd. communiter. *l re conjuncti 89. ff. de Legat. 3.*

66 Re & verbis conjuncti sunt legatarii, quibus eadem res conjunctim, id est, eadem oratione legatur, hoc modo, Mævio & Sejo fundum Tusculanum do lego; item Titius cum Mævio fundum Tusculanum capito; vel ita, Titio & Sejo hominem Stichum do lego; *(a)* & his, quibus eadem res conjunctim re & verbis legatur, propriè & simpliciter conjunctim legari dicitur, & conjuncti appellantur, atque ab aliis conjunctis separantur. *(b)*

a) *§. Si eadem res, Inst. h. t.* Vlp. *lib. Inst. 2. de legat. §. si duobus eadem res, d. l. triplici 142. ibi, Titius cum Mævio, ff. de verb. signific. l. alienationis 28. § oratio. 1 ff. dict. t.* (b) *l. 1. §. interdum, ff. de usufruct. accresc. l. planè 34. in pr. ff. de Legat. 1. d. §. si eadem res, Inst. h. t. l. conjunctim 80. ff. de Legat. 3. l. un. §. hùsita. C. de caduc. tollend.*

67 Re tantùm conjuncti sunt legatarii, quibus eadem res separatim, sive disjunctim legatur; *(a)* puta, in hunc modum: Titio hominem Stichum do lego; Sejo hominem Stichum do lego; *(b)* & hi quire tantùm conjuncti sunt, licet & ipsi conjunctorum nomine veniant, propriè tamen & in specie disjuncti appellantur, & conjunctis re & verbis opponuntur. *(c)*

a) *l. Re conjuncti 89 ff. de Legat 3. d. l. 1. §. interdum, ff. de usufr. accrescend.* (b) *dict. § si eadem res, vers. disjunctim, Instit. h. t. n.* vide Michaël Grass. *§. jus accrescend. quæst. 5.* (c) *d. l. planè 34. in princ. de legat. 1. l. un. §. hùsita, vers. sin autem, & vers. sin verò, C de caduc. tollend. d. §. si eadem, vers. disjunctim, Inst. h. t. l. 1. §. interdum, in fin. ff. de usufr accrescend.*

68 Verbis tantùm conjuncti dicuntur legatarii, quibus eadem res junctis ipsorum personis, sive nominibus, ex æquis partibus legatur; veluti, Titio & Sejo fundum ex æquis partibus do lego; *(a)* Hujus igitur generis non sunt, quoad Ius accrescendi, quibus sine partibus diversæ res legantur, *(b)* vel una res diversis etiam partibus. *(c)*

a) *l. Si ita quis 66 ff. de hered. Inst. l. re conjuncti. 89. ff de Legat. 3.* (b) *l. pen. in princ. ff. de usufruct. accresc. l. item quod 17. §. 1. ff. de hered. instit. l. hujusmodi 84. §. pen. ff. de Legat. 1.* (c) Anton. Faber. *error. pragm. error. 3. decad. 49. n. 5. & 8.*

69 Plurimùm autem refert, duo pluresvé legatarii conjuncti sint, vel disjuncti, aut verbis tantùm conjuncti. Inter conjunctos enim re & verbis, siquidem singuli ab initio solidum habeant, partes autem concursu tantùm fiant, est Ius accrescendi; id est, deficientis legatarii pars, collegatario accipienti legatum accrescit.

Dict.

Dict. §. si eadem res, Instit. h. t. l. un. §. his ita, C. de caduc. tollend. d l. 1. §. interdum, d. l. 3. in pr. ff. de usufruct. accres. d. l. conjunctim 80. & d. l. re conjuncti 89. vers. præfertur igitur, ff. de Legat. 3. Cujac. *lib. 15. obs. c. 4. & lib. 24 c. 35. & in Parat. C. de caduc. tollend.*

Et quamvis antiquitus hoc Ius tantùm obtinebat, cùm per vindica- 70
tionem res eadem pluribus fuit legata, *(a)* non etiam si per damnationem res eadem pluribus erat relicta; *(b)* quia tamen vetus hæc damnationis & vindicationis legatorum differentia nova Iustiniani legislatione penitùs est sublata, *(c)* hodiè nihil interesse putamus, utrum per vindicationem, an per damnationem conjunctim res eadem legetur. *(d)*

a) Tum enim ab initio singulis solidum dabatur, concursu verò partes fiebant; ideoque Ius accrescendi locum inter ipsos habebat. Vlpian. *lib. Inst. tit. de Legat. §. si eadem res duobus:* & ibid. Cujac. *in not.* Et de hoc legato loquitur *l. conjunctim 80. ff. de Legat. 3. l. 1. in pr. § interdum, & l. 3. in pr. de usufruct. accresc.* item Paulus *lib. 3. recept. sent. tit. 6. de Legat. §. cum conjunctim.* (b) Quia singulis ab initio partes debebantur, proindeque Ius accrescendi cessabat, & pars non accipientis in hereditate remanebat, Vlp *dict. loco, §. si per damnationem, & ibid.* Cujac. *in not. & de hujusmodi legato est l. si duobus 16 in pr. & l. plane 34. §. si conjunctim, ff. de Legat. 1. & l. si Titio 7. ibi, damnetur, ff. de Legat. 2.* Sed obstare videtur *l. proculo 20. ff. de Legat. 2. l. duobus 85. ff. de Legat. 1.* vide Fr. Hotom. *lib. 6. obs. cap. 6 obs. cap. 12 p. 136.* (c) *§. sed olim, Inst. h. t. l. 1. C. communia de legat.* (d) facit *d. l. un. § ubi autem, C. de cad. tollend.* Wesemb. *in d. §. si eadem res, n. 1. Inst. h. t.* Dissentit Cujac. *in Paratitl. C. de caduc. tollend.*

Est item Ius accrescendi inter legatarios re tantùm conjunctos. Si 71
enim unus ex his deficiat, ejus portio cæteris legatariis similiter re tantùm conjunctis legatum agnoscentibus accrescit.

Dict. §. si eadem res, Institut. hoc tit. l. un. §. ubi autem, C. de cad. toll. vers. sin autem disjunctim, & vers. sin verò non omnes, vid. Cujac. *ibid. & lib. 24. obs. c. 35.*

Qui autem legatarii verbis tantùm conjuncti sunt, inter hos Ius 72
accrescendi non versatur; *(a)* cùm revera conjuncti non sint, proindeque etiam separati appellentur. *(b)*

a) Tum per textus expressos, *l. 1. in princ. l. pen. vers. non minus, ff. de usufr. accresc. facit. l. & proculo 20. ff. de Legat. 2. l. si ita, 66. vers. si quis, ff. de hered. inst.* tùm quia nullquam Ius accrescendi his conjunctis datur, sed certi Iuris est, quòd, si inter eos legatarios, quibus conjunctim ab initio partes dantur (quales sunt verbis tantum conjuncti *l. re conjuncti 80. ibi.*

ibi, quoniam semper partes habent, ff. de Legat. 3.) unus postmodum deficiat, illius portio cæteris conjunctis non accrescat, *l. planè, 34. §. si conjunctim, ff. de Legat. 1.* Dissentit Donell. *lib. 7. Comment. cap. 13. pag. 159. lin. 7. & seq. item pag. 16. sub finem*, & Schæffer. *lib. 3. quæst. 19. num. 31. ubi de jure accrescendi subtiliter disputat. per l. Mævio 41. in pr. ff. de legat. 2. & l. si duobus 16. § ult. vers. sed & si testator. ff de legat. 1.* vide Cujac. *lib. 24. obs. c. 34. & 35.* (b) *l. item quod 17. §. 1. ff. de hered. inst. l. heredes 63. ff. eod. l. pen. ff de usufr. accresc.*

73 Quod si commixti fuerint conjuncti & disjuncti, id est, re & verbis conjuncti & re tantùm conjuncti; vel etiã re & verbis conjuncti, & conjuncti tantùm verbis; parsque conjuncti deficiat, ea soli conjuncto accrescit, non etiam disjuncto, aut verbis tantùm conjuncto.

l. Heredes 63. ff. de hered. Inst. l. un §. his ita, vers sin verò, C. de cad. toll. ubi quod de heredibus permixtis sancitur, intelligendum quoque est de permixtis collegatariis, uti arguit textus expressus *in l. 1. §. idem ait, vers. idem est, ff. de usufr. accresc. & l re conjuncti 89 vers. præfertur igitur ff. de Legat. 3.* & sentit Cujac. *in Parat. C. de cad. toll. in fin.*

74 Cùm permixti sunt conjuncti & disjuncti, & ex disjunctis unus deficiat, portio ejus defecta non soli disjuncto accrescit, sed etiam legatariis conjunctis, (a) ita tamen, ut unius tantùm personæ potestate fungantur. (b)

(a) *l. Re conjuncti 89. vers. quod si re tantùm, ff. de legat 3. l. un. §. his ita, vers. sin autem ex his, C. de caduc. toll. l. heredes 63. ff. de hered. inst.* Cujac. *lib. 24. obs. c. 35.* (b) *l. 34. in pr. ff. de legat. 1.*

75 Quòd si commixti sint conjuncti, id est, re & verbis conjuncti, & verbis tantùm conjuncti, hoc modo: Cajo & Mævio fundum do lego; Attio & Titio eundem fundum æquis ex partibus do lego; atque unus verbis tantùm conjunctorum, puta Attius, deficiat, portio ejus defecta non Titio itidem verbis conjuncto accrescit; sed ea cæteris, puta re & verbis conjunctis accedat.

l. Re conjuncti. 89. vers. si verò verbis, & ibi gloss. in verb. conjunctus, & verb. potior sit, & verb. ut & ipse præferatur, ff. de legat. 3. & l. penult. ff. de usufruct. accresc. Dissentit Duaren. *lib. 2. de Jur. accrescend. cap. 7. & 13.* Cujac. *lib. 24. observat. cap. 34. & cap. seq.* Donell. *lib. 7. Commentar. jur. civil. cap. 13. pag. 159. & seq. lib. 8. cap. 21. pag. 290.* per d. *l. re conjuncti 89 in fin. ff. de legat. 3.*

76 Quòd si in eodem exemplo jam proposito, unus re & verbis conjunctorum, puta Mævius, deficiat, pars ejus soli Cajo conjuncto accrescit, non etiam Attio & Titio verbis tantùm conjunctis.

Dict. l. re conjuncti, vers. præfertur igitur. ff. de Legat. 3. Sin-

Sin denique permixti fuerint disjuncti, id est, re tantùm conjun- 76
cti, & conjuncti tantùm verbis, atque unus verbis tantùm conjunctorum deficiat, portio ejus defecta non alteri, similiter verbis tantùm conjuncto, accrescit, sed ea duntaxat cæteris re tantùm conjunctis accedit.

Nam inter conjunctos verbis tantùm, non est Ius accrescendi, *l. 1. & d. l. pen. ff. de usufr. accrescendo*, proindè uno verbis conjunctorum deficiente, portio ejus accrescit conjunctis re tantùm: quippe cum hi, & conjuncti verbis tantùm, in eandem rem, prius re tantùm conjunctis datam, vocati, inter se etiam re sint conjuncti, §. *si eadem res, vers. disjunctim, Instit. de legat. & d. l. re conjuncti 89. in princ. ff. de legat. 3.* Vide me *ad tit. Instit. d. legat. num. 318. & seqq.* Fachin. *libr. 5. controv. 50.* Dissentiunt Duaren. Donell. & Cujac. *dd. locis.*

Quantum ad legatarii substitutionem, sciendum est, sicut institu- 77
tis primo gradu heredibus substitui alii in locum eorum possunt, sic etiam in legatarii locum, si deficiat, alius substitui legatarius potest; *(a)* Proindè vi illius substitutionis, si primus legatarius deficiat, in locum ejus substitutus succedit, & legatum adquirit; sin legatum agnoscat, substitutio evanescit. *(b)*

a) *l. VII. § sin autem, vers. quod si in medio, C. de caduc. toll.* (b) *d. l. in. d. §. d. vers. & l. 6. C. de Legat.*

Et hæc de legati constitutione; Reliquum nunc est, ut de legati in- 78
firmatione dispiciamus. Infirmatur autem legatum tùm infirmatione testamenti, vel codicillorum, quibus relictum est, & ademptione legati; tùm usu Legis Falcidiæ; tùm denique culpa legatarii, & eventu temporis, ad quod usque relictum est.

Infirmatione testamenti, vel codicillorum, infirmatur legatum, si 79
testamentum vel codicilli, quibus relictum est, infirmentur; *(a)* Excepto casu, quo per inofficiosi querelam testamentum rescinditur, cujus legata salva nihilominùs manent, & legatario debentur. *(b)*

a) *l. 1. Cod. de postum. hered. inst. l. cum 14. vers. tunc enim C. de fideicommiss. l. si nemo 121. ff. de Reg. Iur. l. Papinianus 8. §. pen. ff. de inoff. testam.* (b) *Novell. 115 cap. 3. in fin. & cap. 4. in fin. Auth. ex causa, Cod. de liber. præterit.* vide disput. *supr. de instituendis & exhered. liber.*

Ademptio legati est, quâ testator ipsemet relictum à se legatum re- 80
vocat; *(a)* eáque duplex, ademptio legati ita in specie dicta; & translatio legati. *(b)*

a) Cùm enim ultima voluntas ambulatoria sit usque ad extremum vitæ spiritum, legatum alicui ascriptum in totum vel pro parte adimere, aut sibi retinere, vel in alium transferre testator Iure potest, *l. quod si ite-*

rum. 4. ff. de adim. vel transfer. legat. l. 1. & 2. ff. eod. (b) Ita arguit inscriptio *tit. Inst. & ff. de adimend. vel transfer. legat.*

81 Specialis legati ademptio est, quâ testator simpliciter legatum revocat, *(a)* vel verbis expressis, vel nuda voluntate. *(b)*

a) *Arg. l. translatio 7. ff. de adim. vel transfer. legat. §. transferri. Instit. eod. titul.* (b) *l. 3. §. fin. ff. dict. tit. l. si jure 18. in fin. vers. quia nuda. ff. de legat. 3.*

82 Verbis expressis legatum adimitur, si vel eodem testamento, aut codicillis iisdem, verbis contrariis, vel etiam quibuscunque aliis, testator legatum prius datum rursus adimat; *(a)* vel si sine codicillis duobus tantùm testibus hanc suam de adimendo rursus legato voluntatem exponat. *(b)*

a) *Titul. Instit. de ademptione legator. in princ.* (b) *l. 3. §. fin. ff. de adim. vel transfer legat. l. si jure 18. ff. de legat. 3. l. ubi numerus 12. ff. de testib.* Donell. *libr. 8. Commentar. jur. civil. cap. 17.* Mascard. *de probation. conclus. 969. volum. 2.*

83 Si tamen eodem testamento, aut codicillis iisdem priùs datum à se legatum testator ademerit, ipso jure ademptum esse intelligitur; *(a)* Sin absque codicillis, nudis tantùm verbis id fecerit, non ipso jure, sed ope tantùm exceptionis. *(b)*

a) Bart. & Dd. *in l. si ita 14. ff. de legat. 1.* (b) facit. *l. 3. ff. de testament. tutel. l. 1. ff. de confir. tut. l. libertates. 43. ff. de manumiss. testament.* vide Cujac. *in Paratit. ff. de adim. vel transfer. legat.* Simon de Prætis *de interpr. ultim. volunt. lib. 4. interpr. 3. dubit. 2. n. 54.*

84 Nuda testatoris voluntate sine verbis adimitur legatum, tum inimicitiis cum legatario susceptis, & mutatione formæ Rei legatæ: tùm alienatione rei legatæ, & debiti legati exactione.

Donell. *lib. 8. Commentar. cap. 17. pag. 268.* Vide me *in Commentar. ad tit. Instit. de adempt. legat. num. 20. & seqq.*

85 Inimicitiis inter testatorem & legatarium exortis ademptum censetur legatum, si eæ fuerint gravissimæ & capitales, nec reconciliatio intervenerit.

l. si quisita. 3. §. ultim. l. ex parte. 22. ff. de adimend. vel transferend. legat. Siquidem legata ob merita & benevolentiam dari solita. *l. nec adjecit. 9. ff. pro socio.* subsequutis inimicitiis adimi rursus intelligantur à testatore; nisi in gratiam cum legatario redierit, *l. quod si 4. ff. de adim. vel transfer. legat.* Petr. Peck. *de testament. conjug. libr. 1. cap. 19. in fin.* Mascard. *de probation. vol. 2. conclus. 900. n. 1.*

86 Mutatione formæ rei legatæ adimi per testatorem legatum intelligitur, si ita pristina forma corporis legati à testatore mutetur, ut per eam no-

nomen ſuum corpus ipſum amittat; id quod contingit vel deſtructione corporis legati, vel ſpeciei ex legata materia efformatione.

l. Seja. 6. §. item quæro. 1 ff. de aur. & argent. legat.

Deſtructione corporis legati cenſetur teſtator adimere legatum, ſi 87
facto & voluntate ſua vel navim legatam diſſolvat, vel domum, aut aliud aliquod corpus legatum deſtruat.

l. Si ita legatum. 65. §. ultim. ff. de legat. 1. l. lana 88. §. nave. 2. ff. de legat. 3.

Quòd ſi caſu, & incendio domus perierit, vel ea mente legatam 88
navim teſtator diſſolverit, ut rurſus ex iiſdem tabulis rectiùs & utiliùs navim compingat, ademiſſe legatum non intelligitur; ideoque area domus combuſtæ, aut navis ex iiſdem tabulis denuò ædificata nihilominùs debetur; *(a)* idemque juris, ſi metallicum corpus legatum in maſſam teſtator redegerit, aut novam ex eo ſpeciem effecerit, dummodò ad priſtinam formam, vel maſſa vel ſpecies effecta redigi poſſit. *(b)*

a) *l. Si grege 22. in fin. ff. de legat. 1. l. qui res ſuas 99. §. fin. verſ. nec ſimili. ff. de ſolutionib.* (b) *l. ſervum. 44. §. ſi pocula. 2. & §. ſeq. ff. de legat. 1. l. item legato. 49. §. ſi uxori 5. ff. de leg. 3.* Mantica *de conjectur. ultimar. volunt. libr. 12. cap. 2. numer. 6. & ſeq.* Menoch. *libr. 4. de præſumpt. præſumpt. 171.*

Speciei ex materia legata efformatione adimere legatum teſtator 89
præſumitur, ſi nova ſpecies ex legata materia conformata ad priſtinam ſuam materiam à teſtatore legatam reduci non poſſit; *(a)* veluti ſi ex legatis arboribus navim aut armarium, *(b)* vel ex lana legata veſtimentum à teſtatore factum fuerit; *(c)* quorum neutrum legatario debetur.

a) *l. Item legato. 49. §. ſi uxori. 5. & l. quæſitum. 78. §. illud fortaſſe. 4.* & ibid. Dd. *ff. de legat. 3.* (b) *l. lana. 88. §. 1. ff. de legat. 3. juncta l. ſed meis 26. in princ. ff. de adquir. rerum domin. & l. ſi convexerit 18. §. ſi quis. ff. de pignerat. act.* (c) *d. l. lana 88. in princ. & l. Seja. §. item quæro. ff. de aur. argent. legat.* Sed è diametro obſtat *l. ſi ſervum. 44. §. ſi pocula. verſ. item ſi lana. ff. de legat. 1.* in qua lege exiſtimo per metonymiam cauſæ materialis, appellatione lanæ, ſignificari pannum ex lana contextum, *argum. l. ſed ſi 26. in princ. ff. de adquir. rerum domin. & l. Labeo 19. §. contractum, ff. de regul. juris.* Aliter reſpondet. gl. *in d. §. ſi pocula. in verb. conſiſtere.* & ib. d. Bart. Bald. Angel. Iaſon. & alii, vide quoque Donell. *libr. 8. Commentar. cap. 17. pag. 265.* & Duaren. *ad l. ſi ſervum 44. d. §. ſi pocula. ff. de legat. 1.* Vide me *ad tit. Inſtit. de ademptione legator. num. 41. & ſeqq.*

Quòd ſi areæ legatæ domum teſtator impoſuerit, augere potiùs 90
quàm legatum revocare voluiſſe creditur, proindeque cum ſolo legato ſuperficies impoſita legatario debetur.

Digitized by Google

l. Si area 39. ff. de legat. 2. servum 44. §. si area. ff. de legat. 1. Siquidem area licèt inædificetur, formam tamen suam non amittit, nec in rerum natura esse desinit, *l. si quis. 108. §. ultim. ff. de solution.* sed obst. *l. si chorus 79. §. area, ff. de legat. 3.* Respondet Cujac. *in l. inter stipulantem 83. §. rem sacram ff. de verb. oblig.* Aliter gloss. Bartol. Angel. & reliqui Dd. *in d. l. 44. §. si area. ff. dict. tit.* vide quoque ibid. Duaren. *& in l. si ex toto 8 ff. de legat. 1.* item Donell. *libr. 8. Commentar. cap. 17. pagin. 268. in fin.*

91 Alienatione rei legatæ censetur revocare legatum testator, si nulla necessitate coactus illam alienaverit; puta, si vel alii eam donaverit, vel cùm necesse non erat, vendiderit) in tantum, ut non debeatur, licet eandem postmodum redemerit, *(a)* neque debeantur ejudem rei principalis accessiones, si quæ apud testatorem reliquæ fuerint. *(b)*

a) *Rem legatam. 18. ff. de alimend. legat. l. fideicommissa 11. §. si rem suam. ff. de legat. 3. l. cùm servus 15. ff. de adim. legat.* Quòd si non rem totam, sed ejus partem duntaxat alienaverit, ea tantùm pars adempta, reliqua verò relicta intelligitur, *l. si ex toto 8. in princ. ff. de legat. 1. l. legatum. 24. §. 1. ff. de adimend. legat.* (b) *l. 2. ff. de pecul. legat.* Ideoque instructo fundo legato alienato, instrumenti quoque legatum extinguitur, *§. sed si servus, vers. nam fundo, Inst. de legat. l. 5. l. quæsitum 12. §. sed si fundus. ff. de fund. Instit. vel Instrument. legat.* & peculii legatum, servo cum peculio legato alienato. *l. 1. ff. de pecul. legat. & d. §. sed si servus. Instit. d. tit.* Anton. Merenda. *lib. 3. controvers. jur. capit. 46.*

92 Quòd si rei familiaris necessitate coactus rem legatam testator alienaverit, vel pignori aut hypothecæ eam dederit, nihilominus debetur.

l. Fideicommissa 11. §. si rem suam, ff. de legat. 3. §. si rem suam. Instit. hoc tit. l. 3. C. de legat.

93 Exactionem debiti legati quod attinet, si testator nomen, quod alicui legavit, à debitore exegerit, mutatam ipsius voluntatem, & ademptum esse legatum præsumitur, nisi à legatario probetur, non animo adimendi legatum pecuniam illam testatorem exegisse, sed vel ultrò à debitore oblatam, aut ab eodem depositam, recepisse, vel rem quandam aliam ex eâdem sibi comparasse.

§. Tam autem 21. vers. nisi exegerit. Inst. de legat. d. l. fidicommissa 11. §. ergò si nomen. vers. cùm tamen quidam, & vers. seq. ff. de legat. 3. vide me *ad tit. Inst. de adempt. legator. num. 63. & seq.* Mantica *de interpr. ult. volunt. lib. 12. t. 2. n. 19. & seq.*

94 Et tantum de ademptione ita in specie dicta; Succedit nunc translatio legati. Translatio legati est, quâ testator, vel à persona in personam legatum

gatum transfert, vel rem prore legat, vel quod purè dedit, sub conditione relinquit.

§. *Transferri. t. Institut. de adempt. legat. l. translatio. 6. ff. de adim. legat.*

Si tamen id, quod purè legavit, ex continenti heredem sub condi- 95
tione dare testator jusserit, legatum translatum esse non intelligitur, sed perindè habetur, ac si juncta subjecta scriptura idem legatum esset ita, ut vel præsens, si legatarius vellet vindicari, vel cum conditio extiterit, ab herede peti posset: quòd si commemoratione prioris legati posterius hoc scriptum fuerit, hoc modo, *Stichum, quem Titio legavi heres meus, si illud factum erit, ipsi dato*, revocandi animo, præsens legatum, sub conditione dedisse testator videtur.

l. Non ad ea 89. vers. quod si purè. ff. de conditionib. & demonstr. vide Fachinæ. *lib. 5. controv. cap. 52.* Manticam *de interpr. ultim. volunt. lib. 12. t. 4.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 173. n. 9. & seqq.*

Sequitur ut videamus, quomodo usu l. Falcidiæ legatum infirme- 96
tur. Usu l. Falcidiæ infirmatur ex parte legatum, cùm heres ex hereditate, legatis vel omninò exhaustâ, vel ultra dodrantem sive novem uncias oneratâ, ex legis permissu, certam & jure definitam portionem sibi detrahit, & servat.

Neque enim integra legata l. Falcidiâ extinguuntur, sed tantùm pro parte, neque usu l. Falcidiæ tam infirmantur, quàm pro rata portione minuuntur, *l. quantitate 73. §. ergò optimum. ff. ad l. Falcid. l. scimus 36. ibi, vel si ex lege Falcidia minuantur legata. C. de inoff. testam.*

In hoc autem legati infirmandi modo spectatur, tùm quid sit l. Fal- 97
cidia, ut scilicet inde appareat, quantum testatori ex sua hereditate aliis legare liceat, quamque portionem heredi legatis detrahere lex permittat; tùm qui heredes beneficio l. Falcidiæ uti possint nec ne, & ad quas res ea lex pertineat; tùm denique modus detrahendæ portionis l. Falcidiæ.

Lex Falcidia est plebiscitum, [*a*] quo ultra dodrantem hereditatis 98
legata relinqui vetantur, [*b*] & si contrà factum fuerit, heredi quartam hereditatis partem retinere permittitur, [*c*] in hunc finem, ne testatores intestati decederent, si pro nullo, aut minimo lucro hereditatem adire heredes scripti recusarent. [*d*]

a] Dicta ab authore Falcidio Tribuno, *c. quædam, dist. 2.* Duaren. *ad t. ff. ad l. Falcid. cap. 1.* Cujac. *in Parat. C. eodem.* Eadem ratione quâ plebiscitum Aquilium, ab Aquilio Tribuno plebis latum, Lex Aquilia, *l. 1. ff. ad l. Aquiliam.* Glossa tamen & ejus asseclæ à falce eam dictam esse tradunt. Azo verò eumque secuti à consule Falcidio. [*b*] contra

sententiam & voluntatem testatoris, *l. Titia 86. in fin. ff. ad l. Falcid.* imò ipsius legis 12. tab. quâ totam hereditatem legatis exhaurire permissum fuit. Vlpian. *lib. Inst. tit. 11. Nov. 22. & §. 1. Inst. de leg. Falcid.* [c] *Instit. de leg. Falcid. in pr. vers. & cum super hoc. d. c. cum quadam. dist. 2. d. l. 2. in pr. vers. secundo capite, & l. in quantitate 73. §. ergo optimum. ff. ad l. Falcid.* & illa ipsa portio Falcidia quoque dicitur *l. in ratione 11. §. quod vulgò, ibi, unam Falcidiam servari. ff. ad l. Falcid.* quamvis impropriè Falcidia quoque appelletur liberorum legitima, *l. Papinianus 2. §. meminisse, ff. de inoff. testam.* Hotoman. *lib. quæst. Illust. quæst. 43. p. 332.* ut & Trebellianica, *d. l. Titia 86. ff. ad l. Falcid.* Duaren. *ad eundem tit. cap. 7.* [d] *Instit. de leg. Falcid* utrùm tamen & quænam alia fuerint legis Falcidiæ capita, vide per ea, quæ tradit Cujac. *in Parat. C. ad l. Falcid.* Duaren. *lib. 1. Disputat. cap. 58. & ad tit. ff. ad tit. ff. ad l. Falcid.* Donell. *lib. 8. Comment. cap. 22. & quæ contra illos disputat* Franciscus Husmannus *libr. Paradox. ad leg. Falcidiam.*

99 Quamvis autem antiquitus omnibus heredibus tam liberis, quàm extraneis permissum fuit, beneficio l. Falcidiæ uti, hodiè tamen extraneis tantùm heredibus institutis illud competit, non etiam liberis, aut cæteris, quibus inofficiosi querelam movere permittitur.

Dict. c. quadam, ibi, in extraneis, dist. 2. Cujac. *ad Nov. 18 c. 1. & in Parat. ff. ad l. Falcid.*

100 Porrò heredes beneficio l. Falcidiæ uti possunt omnes, & singuli à testatore instituti, [a] non habitâ ratione, cui legatum fuerit relictum, privato, an principi, vel municipio. [b]

a] §. *Et cum quæsitum. Instit. de l. Falcid. l. non in singulis 77. ff. ad l. Falcid.* ita ut si unus & solus sit heres institutus, semper quadrantem integrum habeat solutis legatis, *l. in ratione 11. §. quæsitum. vers. & aliam causam esse. l. 1. §. id quod. ff. ad l. Falcid.* [b] *l. 4. C. ad l. Falcid. l. 1. §. ad municipium. ff. eod. l. pater 28. ff. d. t.*

101 Si tamen plures heredes fuerint instituti, non in omnibus simul, sed separatim in singulis, l. Falcidiæ rationem ponendam esse placuit. Cajo igitur & Sejo heredibus institutis, si Caji pars vel legatis omninò non sit gravata, vel non ultra dimidium; Titii verò legatis vel in totum exhausta, vel ultra quadrantem gravata, lege Falcidia Titio consulitur, ut ejus beneficio suæ partis quartam integram servare sibi possit.

§. *Et cùm quæsitum. Instit. d. l. Falcid. l. in singulis 77. ff. ad l. Falcid.*

102 Quòd si altero heredum deficiente, alter solus heres extiterit, quæstionis est, utrùm perindè ratio l. Falcidiæ habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum causæ separatim

paratim spectandæ sint? Et constitutum est, si ejus pars exhausta sit legatis, qui heres extitit, per deficientem partem, legatis non oneratam, legatarios adjuvari; sin defecta pars fuerit exhausta, perindè l. Falcidiæ rationem ponendam esse, atque si ad eum ipsum pertineret, à quo defecta fieret.

l. Quod si alteruter 78. l. qui fundum 87. § qui filium. l. 1. §. si coheredis. ff. ad l. Falcid. Facit hûc quod is, qui in jus alterius succedit, eodem Iure uti debet, *l. qui in Ius 177. ff. de reg. jur.* & quod cujusque rei commoda sequuntur eum, quem sequuntur incommoda. *l. secundum 10. ff. dict. tit.* Idem tamen heres gravatus quartam in sua quoque portione retinere potest, si vel heres coheredi extiterit, vel coheredis arrogatione ipsius partem adquisierit, *l. 1. §. si coheredem. ff. ad l. Falcid.* Cujac. *lib. 4. observat. cap. 35.*

Sin vivo testatore decesserit coheres, cujus pars legatis onerata est, 103
solida ea legata præstanda sunt ab altero herede, qui ex sua parte quartam totius hereditatis habet.

Dict. l. qui fundum 87. §. qui filium. vers. sed hoc ita. ff. ad l. Falcid. qui textus licet de substituto tantùm loquatur, intelligi tamen debet de omnibus cæteris heredibus, quorum partes vacantes quovis alio jure ad coheredem vivo testatore perveniunt, Donell. *lib. 8. Comment. c. 23.*

Non solùm autem ipsi instituti heredes, sed & heredes eorum Falci- 104
diam servare possunt, nisi vel ab initio jus deducendæ quartæ primi heredes non habuerint, vel suo facto illud postea amiserint.

l. Quanquam 10. C. ad l. Falcid.

Ab initio heres jus deducendæ quartæ non habuit, vel ex privi- 105
legio testantis, vel ex genere & favore legati, vel ex certa testatoris voluntate.

Ex privilegio testatoris cessat jus detrahendæ quartæ, si miles lega- 106
tum reliquerit; [a] quod tamen ad testamentum veterani, aut ejus, qui apud hostes decessit, non extenditur. [b]

a) *l. In testamento 7. C. ad l. Falcid. l. in testamento 12. C. de testam. milit. l. si post missionem. 17. ff. ad L. Falcid.* (b) *l. ad veterani 40. in pr. l. 1. §. lex Falcid. ff. ad l. Falcid.*

Ex genere & favore legati Falcidiam detrahere non licet heredi à 107
dote mulieri prælegata, ut nec à rebus mulieris causa emptis & paratis eidemque legatis; (a) à legatis item ad pias causas relictis, (b) & denique à legitima legata, (c) vel servo, ut manumittatur, legato: aut legata pecunia, ut servus ematur, idemque manumittatur. (d)

a) *l. Sed usus fructus 81. §. 8 & ultim. ff. ad l. Falcid.* dotem namque mulier recipit ut rem suam. (b) Qualia sunt quæ Deo, quæ Ecclesiæ,

quæ

quæ in redemptionem captivorum, alimoniam pauperum & miſerabilium perſonarum, quæque ad ædificationem, aut refectionem religioſorum locorum relinquuntur. *Nov. 131. cap. 9. 10. 11. & 12. auth. ſimiliter.* ubi Gothofred. *in not. C. ad L. Falcid.* quamvis olim ejuſmodi legata Falcidiæ rationem patiebantur, *l. 1. §. ad municipium. l. Divi 89. ff ad l. Falcid.* Treutl. *vol. 2. diſp. 14. th. 5. lit. F.* vide me *ad tit. Inſt. de L. Falcid. nu. 34.* Diſſentit Fachinæ. *lib. 5. controv. cap. 17.* (c) *l. ſcimus 36. in pr. verſ. ſancimus C. de inoff. teſtam.* (d) *l. ſi ſervus 33. ff. ad l. Falcid. l. decem 6. ff. de fideicommiſſ. libert.*

107 Ex voluntate teſtatoris heres jus detrahendæ Falcidiæ non habet, ſi teſtator caverit, ne Falcidiam detraheret; (a) quod tunc quoque feciſſe præſumitur, ſi vel nominatim rem aliquam immobilem ita legaverit, ne alienaretur, ſed apud ſucceſſorem legatarii permaneret; (b) vel ſciens patrimonii ſui modum, heredem integra legata præſtare juſſerit. (c)

a) *Nov. 1. c. 2. §. ſi verò. Auth. ſed cùm teſtator. C. ad l. Falcid.* quòd ſi teſtator de uno tantùm legato caverit, ne ex eo Falcidia ab herede deduceretur, quarta nihilominus plena & integra ex aliorum legatis retineri poteſt, *l. ſi in teſtamento 64. l. qui 88. §. quare cum quis. ff. ad l. Falcid.* Cujac. *ad Nov. 1. p. 27.* olim tamen omnis hujuſmodi prohibitio teſtatoris planè erat inutilis, *l. quod bonis 15. in fin. ff. ad l. Falcid. l. nemo 51. ff. de Legatis 1.* niſi libertas eſſet legata. *l. decem 6. in fin. ff. de fideicommiſſ. libert. d. l. ſi ſervus 33. ff ad l. Falcid. facit l. pœnales 32. §. fin. dict. titul.* Vaud. *lib. 2. quæſt. 17.* (b) *Nov. 119. cap. ult. Auth. ſed in ea re. C. ad l. Falcid. pro parte enim alienaretur, ſi quarta apud heredem permaneret:* (c) *argum. l. pœnales. 32. § ſi Titio. ff. dict. tit.* vide Balduin. *Iuſtin. ſuo. p. 513. in fin. & p. ſeq.* Diſſentit Fachinæ. *lib. 5. controverſ. c. 13* vide Menoch. *lib. 1. præſumpt. 45. numer. 15.* Boër. *deciſ. 44. numer. 33.* Mantic. *dict. loco. lib. 9. titul. ultim. num. 16. & ſeqq.*

108 Quòd ſi item volente, & curante teſtatore, heres legatario promiſerit, ſe Falcidiam non detracturum, jus deducendi Falcidiam amittit; (a) non etiam ſi ignorante teſtatore vivo, privatim inter heredem & legatarios actum hoc fuerit. (b)

a) *Argum. d. Nov. 1. c. 2. §. ſi verò non fecerit, verſ. ſi verò expreſsim. & d. Nov. 119. c. ultim. facit l. ultim. C. de pact.* Antiquitus tamen conventione, puta ſtipulatione, alligari heres teſtatore etiam volente & curante, non potuit, ne Falcidia uteretur, *l. quod in bonis 15. §. 1. ff. ad l. Falcid.* (b) cùm talis conventio futuram teſtatoris mortem concernat, & proindè ut plena triſtiſſimi & periculoſi eventus ſine teſtatoris conſenſu facta nullius ſit poteſtatis, *l. ultim. C. de pact. l. 2. in fin. ff. de his, quæ ut indign.*

indign. l. donavi 29. §. fin. & l. seq. ff. de donat. Dissentit Cujac. *in d. Novell. 1. mihi, pag. 28.* per *l. pactum inter heredem 46. ff. de pact.* Quòd si mortuo testatore demum inter heredem & legatarios convenerit, ne heres Falcidia uteretur, valebit illa conventio, *l. qui quod 46. ff. ad l. Falcid. & l. si patronus 20. §. 1 ff. de donation.*

Facto suo jus Falcidiæ, quod ab initio habuit, heres paganus (a) *110* amittit; si vel non facto inventario hereditatem adierit, & res hereditarias tractare cœperit; vel non jure, ideſt, secundùm formam à Justiniano præscriptam inventarium confecerit. (b)

a) Non etiam miles, tum quod oneri hereditario subjectus non est, licet omiserit Inventarii confectionem, *§. extraneis autem, Institut de hered. qual. & different. l. ultim. in princ. ff. de jur. delib.* tum quod in militari testamento Falcidia locum non habet, *per tb praced. 106. lit. A.* (b) *l. ultim. C. de jur. delib. Nov. 1. c. 2. Auth. sed cum testator. C. ad l. Falcid.* De forma Inventarii vide præter alios. Ang. de Perus. Fr. Porcellin. & Ich. Coras. *tr. de Invent.* Bald. *conf. 147. num. 1. lib. 4.* Sichard. *in l ultim. §. fin autem C. de jur. delib.* Schneidew. *in d. §. extraneis autem. num 12. & seqq. Institut. de hered. qualit. & differentia.* Würtembergisch Landtrecht das alt / *part. 3. tit.* von annemung der Erbschafften / auch derhalb verfertigter Inventarien / *p. 33.* das new / *part. 3 t. 22. p. 408. & seq.*

Secundò jus detrahendæ Falcidiæ proprio suo facto heres amittit, *111* si id egerit, ut legatum intercideret; veluti si testamentum vel codicillos, quibus relictum erat legatum, celaverit, aut res legatas, quas extare sciebat, casu periisse affirmaverit.

l. Beneficio 59. in princ. ff. ad l. Falcid. Fürstenthumb Würtemberg. Landtrecht / Das Alte / *part. 3 pag 305* §. Doch ob / &c. Das New / *part. 3. titul. 25.* §. Also auch / *pag. 419.* Quod si unam tantum rem legatam heres subtraxerit, in ea Jus Falcidiæ amittit: in reliquis verò rebus legatis retinet. *l rescriptum 6. ff. de his, quæ ut indig. auferunt. l. Falcidia 24. in princip. ff. ad leg. Falcid.* Dissentit Cujac. *ad dict. Novell 1. pag. 20.*

Tertiò heres jus Falcidiæ perdit, si sciens quartam se retinere posse, *112* vel jus illud suum ignorans, dum scit supra dodrantem legatum esse, non retentâ quarta, rem legatam integram legatario præstitit.

l. Error 9. & l. 1. C. ad l. Falcid. & de facti tantùm errore intelligenda est *l. si ex pluribus. 16. in princ. ff. d. tit.* Alia causa proponitur etiam in *l. beneficio 59. §. 1. ff. ad l. Falcid* quæ hodiè post Justiniani constitutionem de caducis tollendis, falcidiæ detractionem non impedit.

Ad res l. Falcidia pertinet omnes, quæ à testatore sunt legatæ, sive *113* fuerint alienæ, sive mortis tempore testatoris propriæ; (a) non etiam ad illas, quæ post mortem testatoris hereditati demum accrescunt; (b)

Digitized by Google

neque refert res legatæ corporales sint, an incorporales; certæ, an incertæ: pretiosæ, an viles. (c)

a) *l. 1. §. Non solum. ff. ad l. Falcid.* Et quia res mortis causa donatæ, & donatæ inter virum & uxorem, donatione morte donatoris confirmatâ, similes sunt rebus legatis, in illis etiam l. Falcidia locum habet, *l. si mortis 5. l. in donationibus 12. l. penultim. C ad leg. Falcid. l. circa 66. §. ultim. ff. eodem l. cum hic status 32. in princ. ff. de donat. int. vir & uxor.* Harum enim non habetur ratio in computatione Falcidiæ. §. *quantitas autem, Instit de l. Falcid l. in quantitate 77. ff. ad l. Falcid.* sicuti econtra heredi non prodest, si quid hereditati post testatoris mortem decedat, *dd. locis, & §. ex diverso, Instit. de l. Falcid.* (c) *l. 1. §. & omne l. lineam 26. §. 1 ff. ad leg. Falcid.*

114 Res tamen incorporalis legata, quæ divisionem non recipit, veluti via, iter, actus, &c tota ad legatarium pertinet; sed heres factâ legati æstimatione, rem legatam exceptione doli mali retinere tamdiu potest, donec factæ æstimationis debitam heredi portionem legatarius solvat.

l. Si in qui quadraginta 80. § ultim. & l. lege Falcida. 7. ff. ad leg. Falcid.

115 Quòd si fundus, & ad eum via, per alium fundum sit legata, & tantùm sit in via, quanto amplius est in Falcidia, integer quidem fundus debetur, sed viæ legatum perit. (a) Quòd si plus sit in via, quam in quarta heredi debita, via cum fundo debetur, sed heredi, opposita doli exceptione, legatarius tantùm præstare tenetur, quantùm ad implendam quartam ipsi deest.

a) *l. Si fundus 23. l. Plautius 49 §. ultim. ff. ad l. Falcid.* (b) *dict. l. si fundus 23. vers. videndum. ff. d. tit.* & secundum hanc distinctionem intelligendus est Iurisconsultus Paulus *in d. l. Plautius. 49. §. ult. ff. d. t.*

116 Reliquum nunc est, ut videamus de modo detrahendæ portionis Falcidiæ; qui consistit tum in remedio juris, quo porro Falcidiæ servatur; tum in computatione rerum hereditariarum, unde Falcidia detrahitur.

117 Remedium juris quo servatur portio Falcidiæ aliud est, cùm heres rem legatam possidet, aliud cùm legatarius rei legatæ possessionem nactus est. Si legatarius rem legatam possideat, doli vel in factum exceptione oppositâ, Falcidiam sibi heres retinere potest.

Cajus *lib. 2. Instit. tit. 6. ibi*, ut falcidiam sibi de immutatione legatorum retineat. *§. & cùm super, ibi, apud eum eosve pars quarta remaneat. § & cum quæsitum, ibi, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat, placuit posse retinere. §. quantitas autem, ibi quarta pars legati detrahatur.*

batur. §. cùm autem, ibi, quarta pars apud heredem maneat. Institut. de leg. Falcid. l. in ratione 11. § si filio, ibi, sibi retinere potuisset, l. pater. 14. §. 1 & §. duobus. § ult. ibi. retinebit. l. quod bonis. 15. §. 1. l. acceptis 93. l. si ex pluribus 16. in princ. & l. 8. in fin. ff. eod. Novell. 1. cap. 2. Cujac. lib. 8. observat. cap. 2. Dissentit Duaren. ad tit. ff. ad l. Aquil. qui exceptione omissâ ipso jure nunc retentionem fieri scribit per text. in l. in quantitate. 73. §. ultim. ff. dict. tit.

Sin rei legatæ possessionem legatarius nactus sit, si voluntate heredis in facto certantis ad contigerit, vel condictione indebiti, Falcidiam suam heres repetit; (a) vel condictione incerti totius rei legatæ possessionem, ut ea receptâ Falcidiam suam detrahere, & sibi retinere possit. (b) 118

a) l. Pen. § si quis jus ignorans. ff. de jur. & fact. ignor. l. 1. §. si legatarius ff. dict. tit. Cujac. lib. 8. observ. cap. 2. Donell. tamen. lib. 8. Commentar. cap. 27. in princ. rei vindicationem heredi competere scribit. (b) l. heres 21. ibi, sed posse eum rerum hereditariarum possessionem repetere. ff. ad SC. Trebell. juncta l. qui exceptionem 40. §. 1. ff. de condict. indeb. l. 5. §. pen. ff. de impens. in res dotal. fact.

Quod si verò non voluntate heredis possessionem totius rei legatæ nactus sit legatarius, interdicto *Quod Legatorum*, oblatâ priùs satisdatione, heres universæ rei legatæ possessionem à legatario repetit, ut ea receptâ Falcidiam suam detrahere possit; (a) vel si malit, ad portionem sibi debitam recuperandam rei vindicationem instituit; (b) aut communi dividundo actionem. (c) 119

a) l. un. C. quod legat. l. 1. §. 2. & tot. tit. ff. quod legat. l. lineam 26. ff. ad l. Falcid. (b) d. l. lineam. 26. ibi, ac si malit. ff. d. tit. Quia ipso jure legatum, quod dodrantem excedit, minuitur, ejusque dominus heres efficitur, l. in quantitate 73. §. ultim. ff. ad l. Falcid. l. Plautius 49. in princ. ibi, ac si malit. ff. d. t. & l. pen. C. eod. Scribit tamen Cujac. observ. libr. 8. cap. 2. ante d. l. pen. C. ad l. Falcid. non potuisse heredem Falcidiam suam vindicare, præterquam in specie facti l. lineam 26. ff. ad l. Falcid. cujus opinio satis refellitur. per l. Plautius 49. in princ. ff. d. t. juncta l. 3. §. Pomponius, & l. seq. l. in speciali 73. l. qua de tota 76. ff de rei vind. l. si in area. C. eod. (c) siquidem ipso jure per l. Falcidiam res legata communis fit heredis & legatarii, d. l. Plautius 49. in princ. & d. l. 73. §. ergò. ff ad l. Falcid. de re autem communi ad eam dividendam & præstandam ejus portionem communi dividundo acto competit, t. tit ff. & C. communi divid. & l. 4. ff de rei vindicat.

Restat computatio rerum hereditariarum, quæ ita fieri debet, ut detractis his, quæ in bonis testatoris non sunt, (a) quæque funeris, 120

curationiſque, (b) vel teſtamenti inſinuandi, aut Inventarii conficiendi cauſa, (c) neceſſariò impenſa ſunt; deducto item ære alieno, (d) ut & æſtimatione atque precio ſervorum, tùm mortuorum, tùm manumiſſorum, (e) ſingulæ res reliquæ ex veritate, ſecundùm præſens, & commune ipſorum precium æſtimentur, (f) cujus pars quarta apud heredem remaneat, tres verò reliquæ inter legatarios diſtribuantur, pro rato ejus, quod cuique fuerit legatum. (g)

a) §. *Vlt. verſ. quod ſi quinquaginta, Inſt. de L. Falcid. dict. l. in ſpeciali. 73 ff ad L. Falcid.* (b) *l. 1. §. fin. ff. dict. t. l. 3. C. de Relig. & ſumpt. fun. l. in reſtituenda 4. C. de pet. hered. §. cùm autem, Inſt. de L. Falcid. l. pen. ff. de Relig. & ſumpt. fun. l. quæſitum 17. ff. de reb. auth. Jud. poſſid. l. ultim. §. in computatione, C. de Iur. deliber.* Fürſtenthumbs Würtemberg Landrecht das Alte / *p. 3. p. 309. tit.* Wann *Legata* ſollen gereicht / *&c.* (b) *d. l. ult. §. in computatione, C. d. t.* (d) *dict. l. ult. d. §. l. in imponenda 6. in pr. C. ad L. Falcid. § cùm autem ratio, Inſt. dict. t.* Fürſtenthumbs Würtemb. Landrecht. *dict. loco.* (e) *l. in ratione. 11. §. ſi ſervus, & l. æris alieni 39. ff. ad L. Falcid.* (f) *l. in lege. 62. §. ultim. & l. ſeq. ff. ad L. Falcid.* (g) *dict. §. ult. Inſtitut. de L. Falcid. &* ibid. Theophil. *d. l. in ſpeciali. 73. § fin. ff. eod.* Sed quæritur, utrum in hanc quartam heredi imputentur ea, quæ Iure legati vel fideicommiſſi capit? quod Cujacius affirmat *lib. 8. obſ. c. 4.* quem refutat Fachinæ. *lib. 5. controv. c. 15.*

121 Et tantum de Lege Falcidia. Sequitur, quomodo legatum infirmetur culpâ legatarii, & eventu temporis, ad quod uſque relictum eſt. Culpâ autem ſua legatarius legato ſe indignum reddit, ſi vel teſtamentum, quo datum eſt legatum, accuſando, aut accuſanti oppitulando, aut cum accuſationis Iudex eſſet, falſam ſententiam pronunciando, tanquam falſum impugnaverit, (a) vel ſi idem tanquam inofficioſum accuſaverit, nec obtinuerit; quibus caſibus infirmatum legatum fiſco defertur. (b)

a) *l. Poſt legatum 5. §. 1. §. his verò 10. & §. ſeqq ff. de his, quæ ut indign. auſer.* (b) *dict. l. poſt legatum 5. § ſi filiumfam. 5. in fin. ff. d. t. l. filium. 22. §. 1. ff. de inoff. teſtam.*

122 Culpâ item ſuâ legatum amittit tutor teſtamento datus, ſi cum idoneus eſſet adminiſtrationi, tutelâ ſe excuſaverit; quale legatum pupillo, cujus tutelam gerere juſſus eſt, aſſignatur. (a) Legatarius item quilibet, qui legatoris teſtamentum celavit, quod poſtea in lucem emerſit, quod legatum apud heredem manet.

a) *Dict. l. poſt legatum 5. §. amittere 2. ff. de his quæ ut indign. auferunt. l. ab adminiſtratione. 8. & l. penult. Cod. de Legat.* (b) *dict. l. penult. & dict. tit. ul.*

Eventu

Digitized by Google

Eventu temporis infirmatur legatum, si cum ad certam usque diem, 123
vel conditionem relictum esset, veniente die, aut conditione existente, legatarium, donuò legatum petentem, oppositâ exceptione heres submoverit.

Non enim ipso jure hujusmodi legatum infirmatur, sed ope exceptionis, *l. nemo. 55. ff. de Legat. 1. l. obligationum 44. §. 1. ff. de oblig. & actionib.*

Hactenus de legati constitutione, & infirmatione; Restat adquisitio 124
legati, quæ fit per agnitionem legati & agniti legati persecutionem. Agnoscit autem legatarius legatum, & quando illud ad se vult pertinere; *(a)* Vt cùm non repudiat, *(b)* sed admittit & amplectitur legatum sibi relictum. *(c)*

a) *l. Servum 44. §. 1. ff. de legat. 1. & l. si mihi pure 59. ff. de legat. 2.* (b) *dict. l servum. 44. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cùm servus, ff. de legat. 1. l. legatum 80. ff. de legat. 2.* (c) *l. nihil 12. in princ. l. penult. ff. de inoffic. testament.*

Agnoscere verò, & adquirere legatum potest legatarius mortuo te- 125
statore; post aditam hereditatem, *(a)* & quidem statim, si purum sit legatum, *(b)* vel cum dies venerit, si in diem sit datum, *(c)* vel si conditio extiterit, sub quâ delatum fuit. *(d)*

a) *Dict. l. servum. 44. §. 1. & l. si tibi homo 86. §. cùm servus, ff. de legat. 1. l. omnia 32. ff. de legat. 2.* (b) *l. 5. §. 1. l. heredis 7. in princ. l. nec semel 12. §. item Celsus scribit, ff. quando dies legat. ced. l. un. §. cùm igitur materiam, vers. similiq; modo, C. de caduc. toll.* (c) *l. si dies 21. ff. quando dies legat. cedat. l. cedere diem 213. ff. de verb. signif. l. si post diem 5. §. sed si sub conditione, l. heredis 7. ff. quando dies legat. cedat.* (d) *dict. l. cedere diem, ff. de verbor. signif.*

In agnoscendo autem admittendoque legato, hæc conditio legata- 126
rio defertur, ut si unum est legatum, totum agnoscat, aut à toto abstineat. *(a)* Plura tamen si sint legata, unum agnoscere, & alterum repudiare legatarius potest; *(b)* ejus quoque heredes, si plures sint, licet unum fuerit legatum, quidam tamen suam partem adquirere, quidam repudiare suam partem possint; *(c)* siquidem singuli in partem tantùm succedant. *(d)*

a) *l. Neminem. 4. ff. de legat.* (b) *l sed duobus. 5. ff. d. t.* (c) *l. legatarius 38. ff. de legat 1.* (d) *l. ea quæ, C. famil. erciscund.*

Periculi autem agniti legati quod attinet, si difficilem se præbeat in 127
præstando legatorius, à quo relictum fuit, actiones adversus ipsum comparatæ sunt, quibus cogi ad præstandum legatum potest; ut sunt actio in rem, hypothecaria actio, & actio personalis.

§. *Nostra autem constitutio, Instit. de legat. & l. 1. C. communia de legat. & fideicommiss.* Et de remediis pro legato consequendo competentibus vide Mynling. *cent. 5. observat. 61.* Vivium *decis. 464.* Cœpen. *lib. 1. decision 155.*

128 Actio in rem competit legatario, si testator propriam suam rem legaverit: cùm enim tunc proprietas ejus rei, ipsa agnitione legati ad legatarium transeat ipso Iure, absque ejus apprehensione, (a) certè illius nomine, rei vindicationem legatarius habet. (b)

a) *l. Legatum 30. ff. de legat. 2. & l. à Titio. 64. ff. de furtis. l. 1. in fin. ff. de public. in rem act.* Ex quo loco & illud discimus, si testator bonæ fidei tantùm possessor fuerit rei quam legavit, legatario publicianam in rem competere actionem. (b) *l. in rem 23. in pr. ff. de rei vindic. & l. actionum. 25. ff. de obl. & act.*

129 Hypothecaria actio similiter competit legatario de rebus, quæ testatoris defuncti fuerunt, ex beneficio scilicet Iustiniani Imp.

Dict. L. 1. in pr. vers. & insuper utilem servianam, & vers. seq. & §. ult. C. communia de legat. & fideicommiss. Quod ergo Africanus Iurisconsultus *in l. si servus 108. §. cùm homo, ff. de legat. 1.* & Papinianus *in l. cùm filium 76. §. variis actionibus, ff. de legat. 2.* de variis actionibus legatario competentibus scribunt, de in rem actione, & actione personali exaudiendum est, non etiam de hypothecaria actione, uti etiam arguit *l. hujusmodi 84. §. fin. ff. de legatis.* vide me *ad tit. Inst. de L. Falcid. num. 123. & seqq.* Dissentit Merenda *lib. 3. controv. 43. n. 3. & seqq.*

130 Quod attinet personalem actionem, ea ex quasi contractu competit legatario de omni legato, non eo solùm, quod testator in re sua reliquit, sed & quod dedit in re aliena, adversus eum, à quo relictum est, sive is heres sit testatoris, sive alius aliquis, puta legatarius.

l. Si quis absens. 5. §. heres quoque. ff. de oblig. & actionib. l. 3. §. fin. & l. seq. ff. quib. ex causis in possess. eatur. & §. heres quoque, Instit. de obligat. qua quasi ex contract. nasc. Ferdinand. Vasq. *de success. progress. lib. 3. §. 17. numer. 5.*

131 Hæc autem in personam actio legatorum nomine comparata, ex testamento actio dicitur, (a) non solùm si testamento, sed & si codicillis testamento confirmatis relictum fuerit legatum. (b) Quod si intestatus quis decedens codicillis legatum dederit, utilis ex testamento actio appellatur. (c)

a) Gloss. *ad d. §. nostra autem, in verb. personales, Instit. de legat. & ad l. hujusmodi 84. §. fin. in verb. personam, ff. de legat. 3.* Mynsing. *cent 5. observ. 61.* Schneidew. *ad §. sed olim. n. 12. Inst. de legat.* (b) Hi enim codicilli sunt pars testamenti, *l. pen. ff. quemadmodum testam. aper.* & Ius testamen-

stamenti sequuntur, *l. 3. §. ult. l. ab intestato 16. ff. de Iure codicillor.* (c) ejusmodi enim codicilli vicem testamenti exhibent, *d. l. 16. ibi, sed vicem testamenti exhibent, ff. d. t. gl. §. penult in verb. relinquitur, Instit. de codicill. & in l. ult. §. si quis verò, in verb. agnationis, C. d. t. & in l. 2. §. si igitur. in verb. personales, C. commun. de legat. & fideicommiss.* Donellus verò *lib. 8. Commentar. Iur. cap. 36.* scribit, hanc actionem in personam jam vocandam non esse ex suprema voluntate, & judicio defuncti, cum legata hodie etiam codicillis relinquantur, ut ita nomen rei consequens sit, *per §. sednec. Instit. de donat.* Non desunt etiam, qui condictionem ex lege pro legato codicillis relicto competere volunt, ut testatur *gl. ad d. §. pen. in verb. relinquitur, Instit. de codicill. & in d. l. 2. §. si igitur, in verb. personales, C. communia de legat. & fideicommiss.* Vide Donell. *libr. 8. Commentar. jur. civil. cap. 36. pagin. 360.*

Et licèt non desint, qui hanc personalem, & hypothecariam actio- 132
nem pro legato piæ causæ relicto competere velint, etiam ante aditam hereditatem, *(a)* contrarium tamen verius putandum. *(b)*

a) Lud. Roman. *in repetit. Auth. similiter, in 9. specie circa ultimæ voluntates, C. ad leg. Falcid.* per *l. 1. C. d. t.* (b) ut etiam post alios vult Ferd. Valq. *libr. 3. de success progress. §. 27. num. 5.* hoc argumento, quod ante aditam hereditatem nemo sit obligatus legatario nomine legati, ut proinde personalis actio, quæ ex obligatione descendit, ei competere haud possit. Quòd si autem hæc illi non competit actio ante aditam hereditatem ex dicta causa, certè nec hypothecaria ei competere potest; quippe cùm omnis hypotheca & pignus sit accessio actionis alicujus in personam, principalis.

Quemadmodum autem hæ actiones, in rem hypothecaria, & per- 133
sonalis, legatario hodie competunt, quibuscunque etiam verbis legatum relictum fuerit, differentia legatorum generis triplicis sublatâ; *(a)* Ita quoque eædem actiones hodie fideicommissario pro speciali fideicommisso conceduntur. *(b)*

a) *§. Nostra autem, Institut. de legat. l. 1. C. communia de legat. & fideicommiss.* (b) *§. sed non usque, Institut. de legat. & d. l. 1. & l. 2. C. communia de legat. & fideicommiss.*

Quia verò hæ actiones legati & fideicommissi nomine Iure com- 134
parata sunt, viâ certè executivâ regulariter agere non licet. *(a)* Et personalis legatorum actio perit 30. annis. *(b)*

a) Vide Mynsing. *centur. 5. observat. 61.* Trentler. *vol. 2. disput. 13. thes. 7. lit. C.* Fachinæ. *lib. 5. controv. jur. cap. 31.* Thesaur. *decis. 26. n. 10.* (b) Vide Fachinæ. *lib. 3. consil. 48.*

CLAS.

CLAS. III. DISPUT. IX.

QUIBUS MODIS TESTAMENTUM infirmetur.

THESIS I.

1 DE ordinatione teſtamenti hactenus diſſeruimus: diſpiciendum nunc, quibus modis teſtamentum infirmetur. *(a)* Teſtamentum, inquam quod jure factum eſt: Quod enim non jure factum eſt, ut quod ab eo eſt ordinatum, qui teſtamenti factionem non habuit, *(b)* quod item ob præteritionem ſui heredis nullum eſt, *(c)* vel abſque juris ſolennitate eſt factum, perinde eſt, ac ſi non fuiſſet factum. *(d)*

a) Vide *theſin 13. diſput. 1. hujus claſſis 3.* (b) *l. 4. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. 1. §. ſive autem, ff. de tab. exhib.* (c) *l. 1. ff. de injuſt. rupt. irrito fact. teſtament.* Idem dicitur etiam injuſtum teſtamentum *in l. 3. §. ex his, l. 6. §. 1. l. poſtumus, ff. d. tit. l. ſuus 3. C. de repud hered.* Item inutile ac ruptum *in l. Inter cæteras 30. ff. de liber & poſt.* ut & imperfectum, *in l. ſi duobus 12. §. ſi prius ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Item irritum, *§. hoc autem caſu. 5. Inſtit. quib. mod teſtament. infirm.* unde dicere poſſumus, quòd omnibus laboret vitiis hujuſmodi teſtamentum, Cujac. *ad l. 1. ff. de injuſt. rupt. irrit.* Hæc enim ſunt vitia teſtamenti, inutile eſſe, ruptum eſſe, irritum eſſe, *d. l. 1. §. ſive autem, ff. de tab. exhibend.* (d) *l. ſi unus 12. C. de teſtam. & l. ſi quis legatum 6. in princ. verſ. hoc tamen tunc ff. ad leg. Cornel. de falſ. & l. ſi quis aliquid 38. §. teſtamentum, ff. de pœnis, l. 3. l. hac conſultiſſima 21. §. ex imperfecto, C. de teſtam.*

2 Sunt autem duo genera modorum; quibus teſtamentum jure perfectum rurſus infirmatur: unum concluditur voluntario quodam teſtatoris actu: alterum complectitur eos modos, quibus invito teſtatore ejus teſtamentum infirmatur.

Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 16. pag. 38. in fine.* Sed an revocatio teſtamenti eandem requirat ſolennitatem, quam ordinatio, vide Gravett. *conſil. 25. num. 14. libr. 1.* & Petr. Peck. *de teſtament. conjung. libr. 3. c. 20. n. 4.* Fürſtl. Würtemb. Landrecht / das Alte / *pag. 300. in princ* das Newe / *part. 3. Tit. 20.*

Volun-

Digitized by Google

Voluntarius teſtatoris actus, quo ejus teſtamentum perfectum infirmatur, eſt reſciſſio tabularum teſtamenti, item reſignatio teſtamenti, ut & teſtamenti deletio, tùm alia teſtamenti ordinatio, & ſimplex teſtamenti revocatio. 4

Fürſtl. Würtenberg. Landtrecht / d. part. 3. titul. 20. in princ. ubi Plebſt. theſ. 243. adde Dn. D. Beſold. diſput. 3. theſ. 129. Weſenbec. conſil. 38. part. 2. Manticam de conjectur. ultim. voluntat. lib. 12. tit 1. in fin. Johan. Petr. Surdum conſil. 169. num. 6. conſil. 230. num. 1. conſil. 350. num. 1. & conſil 373. num. 1.

Reſciſſione teſtamenti infirmatur teſtatoris ultima voluntas, ſi ipſe tabulas ſui teſtamenti incidat, rumpat, frangat. 5

l. Pen. C. de teſt. l. pen. §. ultim. ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab. l. 1. §. ſed conſultò. verſ. & ſiquidem, ff. de his quæ in teſt. delent. l. ult. ff. de injuſt. rupt. irrit. Fürſtenthumb Würtemberg. Landtrecht / das Alte / *part. 3. pag. 299. §. item.* So einer: das Newe / *d. tit. 20. p. 399.*

Reſignatione teſtamenti infirmatur illud, ſi ipſe teſtator ſigna ejus amoveat, aut turbet, quantumvis per ſe conatus ſit ea reponere poſtea. 6

Dict. l. 1. pen. Cod. de teſtam. l. ad teſtium 22. §. ſigna, 3. ubi Cujac. Accurſii diſtinctionem reprobat, *l. ſi teſtamentum. 23. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Fürſtenthumbs Würtemberg Landtrecht / das Alte / *d. pag. 299. §. item.* So einer. Das New / *dict. tit. 20. §.* Alſo da einer / Sichard. *ad l. fin. C. d. teſtam.* Dn. D. Beſold. *diſput. 3. ad Stat. Württ. theſ. 131.*

Deletione teſtamenti idem infirmatur, ſi teſtator ipſe obliterando aut cancellando ſcripturam teſtamenti ſui inducat. 7

Dict. l. 1. §. ſed conſultò, & §. ſeq. & l. ſeq. in princ. ff. de his quæ in teſtam. delentur. l. 1. §. ſi heres, ff. ſi tab. teſtam. nulle ext. vide Duaren. *ad tit. ff. de injuſt. rupt. cap. 5.* & Vaſq. *de ſucceſſ. reſolut. libr. 1. §. 3. num. 35.* Idem Vaſq. *d. lib. 1. §. 4. num. 2.* & Tiraq. *de privil. pia cauſa, privileg. 18.* ſcribunt, teſtamentum ad pias cauſas factum, non cenſeri voluntate teſtatoris cancellatum.

Quòd ſi caſu, aut ignorante, vel invito teſtatore tabulæ teſtamenti reſcindantur, reſignentur, vel inducantur, ratum nihilominùs teſtamentum ipſius manet, modò legi, aut intelligi utcunque ſcriptura poſſit. 8

Dict. l. pen. C. de teſtam. & d. l. 1. in princ. & §. ſed conſultò, ubi vide Cujac. *ff. de his quæ in teſtam. del.* Fürſtenthumbs Würtemberg Landtrecht / das Alt / *d. pag. 299. §. item* So einer / *verſ.* Da aber ein ſolches / vide Duaren. *d. cap. 5.* Pugnare videtur *l. 1. ff. ſi tabul. teſtament. null. ext. tab.*

Quòd ſi etiam non totum teſtamentum, ſed ejus pars ſit deleta, in 9

reliqua voluntate consistit testamentum, licet heredum institutio sit inducta, & legata tantùm salva relicta.

l. 2. & 3. Vbi Cujac. *l. fin. ff. de his quæ in Testam. delent.* & ibi Wesenbec. *in Paratitl. l. cum tabulis 16. §. ult. ff. de his quæ ut indign. l. nihil interest. ff. de adimend. legat.* Duaren. *d. cap. 5. circa fin.* Mantica *de conjecta. ultim. voluntat. tit. 1. lib. 12. num. 29. & seq.*

9 Deleta autem in testamento quamvis olim à fisco vindicabantur; *(a)* novo tamen jure vel ad coheredes, vel ad substitutos, vel omnium heredum, qui instituti erant, vel substituti, nominibus inductis, ad legitimos heredes pertinent. *(b)*

a) *Dict. l. 3. ff. de his quæ in testament. delent. & dict. l. cum tabulis 16. §. ult ff. de his, quæ ut indign. auferunt.* (b) *l. unic. in pr. C. de caduc. tollend.* & ibi Cujac. *in Paratitl.* Fürstl. Würtemberg. Landtrecht / *part. 3. tit. 20. §.* also da einer / *in fin.*

10 Alia testamenti ordinatione infirmatur prius testamentum, si aliud illud posterius jure sit perfectum; *(a)* etiamsi in hoc ex certis rebus heres institutus sit; *(b)* vel ad alterius interrogationem hoc fuerit confectum, *(c)* vel testator juraverit, se primum testamentum non revocaturum. *(d)*

a) §. *Posteriore quoque. 2. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. & 2. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Iure perfectum dicimus posterius testamentum, etiam illud, quod jure singulari est perfectum, *l. ejus militis. 36. §. ult ff. de testam. milit.* ubi quod de militis posteriore testamento dicitur, etiam de patris novissimo testamento inter liberos jure singulari facto intelligi debet, *per l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam.* vide Fürstl. Würtemberg. Landtrecht / *part. 3 titul. 20. §. Item* So einer. Donell. *libr. 6. cap. 16. pag. 40. in princ.* (b) §. *sed etsi quis priore, 3. Instit. quib. mod. testam. infirm. & l. si quis 29. ff. ad Trebell.* (c) Hoc enim testamentum jure validum est, *disputat. 2. thesi 33. supra hac classe*, Menoch. *parte 2. lib. 4. præsumpt. 8. num. 21.* Fachin. *lib. 3. cap. 70.* (d) vide Clar. *in §. testamentum, quæst. 94.* Iuramentum enim sequitur naturam actus, super quo interponitur, *l. ult. C. de non numerat. pec.* Vasc. *de success. resolut. lib. 1. §. 1. num. 1.* Fachin. *libr. 4. cap. 8. circa fin.* Fürstenthumbs Würtemberg. Landtrecht / das Alte / *d. part. 3 pag. 299. §.* Vnd Erstlich. Das Newe / *part 3. tit. 20 in princ.*

11 Idemque est, si anterius testamentum contineat clausulam derogatoriam; dummodò in posteriore specialiter clausulæ illius fiat mentio, etiamsi non singula ejus verba referantur.

Argum. l. si quis 22. ff. de legat. 3. ubi gloss. & Dd. Clarus *dict. loco. quæst. 99.* Thadæ Pisc. *libr. 1. variar. resolut. cap. 12. num. 16.* Menoch. *4.*

præ-

præsumpt. 166. num. 13. vers. tertia est opinio, & n. seqq. Covarruv. *ad rubr. de testament. in 2. part. numer 57. & multis seqq.* vide Plebst *disput. ad Stat. Württemb. 3. thes. 243.* Fachin. *4. controvers. 92.* De hac clausula absolute agit Dn. D. Besold. *vol. 2. consil. 42.*

Iure tamen singulari conditum testamentum, veluti jure militiæ à milite in castris, infirmatur posteriori etiam imperfecto testamento. 21

Dict. l. ejus militis 34. §. 1. ff. de testam. milit. ubi Cujac. *ad libr. 14. quæst. Papinian.*

Patris verò inter liberos testamentum jure singulari factum, non nisi posteriori jure perfecto testamento infirmatur. 22

Novell. 107. cap. 2. & auth. hoc inter, Cod. de testam. Cujus juris ratio esse videtur favor liberorum, ne quid videlicet pater adversus liberos recenti voluntate, nisi propenso judicio, duriùs statuat, eis adimendo quod dederat. Donell. *libr. 6. Commentar. cap. 16. pag. 39. lin. 52. & seq.* Mantica *de conject. ultim. volunt. lib. 12. titul. 8. num. 11. & seqq.* Pantschman. *libr. 2. quæst. 16.* Piso. *dict. lib. 1. cap. 12. num. 22.* Quocirca si posteriorius testamentum similiter inter liberos fiat, quibusdam mutatis, non est opus ut posterius hoc sit perfectum. Decian. *consil. 31. numer. 6. vol. 3.* Pantschman. *dict. lib. 2. quæst. 17. num. 31.*

Similiter superius jure perfectum testamentum infirmatur posteriore non jure facto testamento, si scriptus in hoc sit heres, qui ab intestato venire potest, & priore testamento ii scripti sint heredes, qui ab intestato non vocabantur, & in posteriore intervenerint non minùs, quàm quinque testes, qui postea jurati testimonium dicent. 24

l. Hac consultissima 21. §. si quis autem, Cod. de testam. l. 2. & l. postumus 12. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.

Sed quid, si in secundo testamento fuerint quidem instituti venientes ab intestato, sed non omnes? Prius testamentum quidem rumpitur, at non illi tantùm, qui posteriori testamento scripti sunt, sed omnes proximi agnati & cognati ad successionem admitti debent. 25

Dict. l. hac consultissima, 21. §. si quis autem; ibi, non quasi testamentum, C. de testament. d. l. 2. & d. l. postumus 21. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. vide Aretin. *in l. si filius qui ff. de liber. & postum.* & huic post alios contradicentem Fachin. *d. lib. 4. controvers. 6.*

Sed an priùs testamentum, in quo extraneus scriptus est heres, rumpatur per posterius, in quo suus heres est præteritus, cæteri autem ab intestato venientes instituti sunt, quæritur? Plerique indistinctè putant, non rumpi; sed impugnant eos Viglius, (*a*) & Vultejus; (*b*) quos sequi nihil dubitamus, admittentes ad defuncti hereditatem etiam 26

teritum ipsum filium, cum cæteris ejusdem gradus liberis posteriori testamento institutis. (c)

a) *Ad §. ex eo autem. 7. Instit. quib. mod testament. infirment.* (b) *ad § posteriore. 2. Instit. eodem.* Vide Hunnium *lib. 2. var resol. jur. civil. tractat. 7. quæst. 1.* Clarum, *libr 3. sentent. §. testamentum quæst. 97. num. 2.* (c) *per dict. l. hac consultissima. 21. §. si quis autem. C. de testament. d. l. 2. l. postumus 12. ff de injust rupt. irrit fact testament.* Quid si duo testamenta uno die facta, in quibus diversi hæredes instituti, proferantur, utrum horum valeat? quæstionis est: Neutrum valere existimo, siquidem hoc in casum non jus, sed probatio deficit. *l. duo sunt. 30. ff. de testament. tutel.* Boer. *decis 311. num. 2.* Pantschman. *lib. 2. quæst. 1. num. 15.* Wesenb. *consil. 90. num. 17.*

17 Si in posteriore testamento scriptus scienter à testatore sit heres, quem ipse instituere non potuerat, non quidem rumpitur prius testamentum; fiscus tamen priori heredi, ut indigno, aufert hereditatem. (a) Sed si aut noluerit, aut non potuerit testator perficere posterius testamentum, tùm heredi in primo testamento scripto non auferetur hereditas. (b)

a] *l. Cùm quidam 12. ff. de his, quæ ut indign.* ubi Cujac. *ad lib. 16. quæst. Papin. p. 415. & seq.* vide quoque de eadem lege Donell. *6. Comment. jur. Civil. c. 17. p. 51.* [b] Cujac. *d. loco, p. 416. arg. §. ex eo. 7. Inst. quib. mod. testam. infirm.*

18 Licèt autem prius testamentum, ut dictum, per posterius perfectum revocetur, tamen convalescit prius testamentum, si posterius incisum, aut revocatum à testatore fuerit, & quidem convalescit ipso jure, non ope exceptionis.

l. Pen. §. testamento ff de bonor. possess. secund tabul. Iacob. Menoch. *consil. 176. num 7. & 8. lib. 2.* Anton. Faber. *lib. 10. conjectur. c. 18.*

19 Quòd si tamen posteriore testamento perfecto heres ex certis rebus institutus, & prius testamentum valere jussum sit, scriptus ille heres certis rebus sibi datis contentus esse, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem his, qui priore testamento scripti fuerant, restituere tenetur.

Dict. §. sed etsi quis priore. 3. ubi Viglius, *Instit. quib. mod testam. infirm. d. l. si quis. 29. ff. ad Senatusc. Trebell. & l. postumus 12. §. 1. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.*

20 Simplici revocatione testamenti, absque alio testatoris actu externo, infirmatur ejus testamentum, si ea fiat vel coram tribus testibus, vel apud acta alicujus judicis, & post simplicem hanc revocationem decennium elabatur.

l. San-

l. Sancimus 27. C. de testament. Vasq. *de succeſſ. creat. lib. 2. §. 17. requiſit. 25. num. 73.* vide Guid. Pap. *quæſt. 200.* Weſenbec. *conſil. 88. n. 16.* Quod decennium à tempore revocationis æſtimandum eſt, Menoch. *conſil. 114.* Weſenb. *d. conſ. 88. n. 15.*

Sed an ſolæ etiam revocatione coram quinque teſtibus ita facta, ut declararit teſtator inteſtatum ſe decedere velle, infirmetur prius teſtamentum, in dubium vocatur? Negativæ nos ſubſcribendum putamus. 21

Per d. l. ſancimus 27. C. de teſtam. ubi diſponitur, licet coram toto judicio revocetur prius factum teſtamentum, non tamen illud infirmari, niſi tempus decennii concurrat. Negatæ huic opinioni patrocinatur quoque Caſtr. & Fulgoſ. *ad d. l. 27. C. d. t.* & Fachinæ. *lib. 4. controverſ. cap. 3.* Ficnard. *conſil. 83. num. 2.* ubi dicit, quod teſtamentum apud Acta confectum, coram 7. teſtibus revocari non queat ſed illud actis inſervientibus fieri debeat: ſed dubito num verum ſit. Affirmativa autem communis eſt, ut teſtantur poſt alios Clarus, *lib. 3. ſentent. §. Teſtamentum, quæſt 92.* & quos citat Fachinæ. *dict. cap. 8. in princ.* & Guid. Pap. *dict. quæſt. 200.* Sed de mutuo conjugum teſtamento vel mutando, vel penitus abrogando poſt alterius obitum omnino videndus Excellentiſſ. Dn. D. Beſold. *decad. 3. conſil. 6. ubi latiſſime, & perquam eleganter.*

Sequuntur modi, quibus invito teſtatore ejus teſtamentum infirmatur: quiin duplici ſunt differentia: aut enim ipſo jure infirmant teſtamentum, aut remedio aliquo judiciali. 22

Ipſo jure infirmatur teſtamentum agnatione ſui heredis; *(a)* capitis deminutione teſtatoris: damnatione teſtatoris publico judicio ad mortem facta; deſertione hereditatis: *(b)* & ſi militis ſit teſtamentum, tempore anni poſt miſſionem. *(c)* Tum etiam ſi ante publicationem teſtamenti privati quidam ex teſtibus moriantur. *(d)* 23

a) Atque hoc modo rumpi teſtamentum dicitur, *l. 1.* ubi Cujac. *ff. de injuſt. rupt.* & *§. 1.* ubi Viglius, *Inſtit. quib. mod teſtam. infirm.* (b) His tribus modis irritum fieri teſtamentum dicitur, *d. l. 1. ff. de injuſt. rupt.* & *§. & rupium quidem, 3 in fin. & ſeqq. Inſtitut. quib. mod. teſtament. infirm.* (c) *§. Sed hactenus. Inſtit. de milit. teſtam.* (d) vide Simonem de Prætis, *Tract. de ultimis voluntatibus, lib. 2. Interpr. 2. dubitat. 2. ſolution. 2. numer. 2. & 14.* & poſt alios Iohan. Dauth. *de teſtam. p. 455. & ſeq*

Agnaſcitur autem teſtatori ſuus heres verè, aut quaſi. Verè, ſi poſt conditum teſtamentum ei vivo, aut mortuo primùm legitimi naſcantur liberi non inſtituti: *(a)* Quaſi, cùm poſt factum teſtamentum aliquem adoptat, *(b)* vel nepos non inſtitutus in filii prædefuncti, vel emancipati locum ſuccedens ſuus teſtatori heres efficitur. *(c)* 24

a) §. *Postumi*, & §§ *seqq. Inst. de exhered. liberor. l. 2. in princ. l. postumus. 12. & l. seq. ff. de injust. rupt.* Fürstenthumbs Württemberg gemein Landrecht/ das Alte. *part. 3. p. 301.* §. *item.* Wann dem Testierer. Das New/ *part. 3. tit. 20.* §. Ferner. (b) §. *1. Inst. quib. mod. test. infirm. & l. verum 8. ff. de injust rupt.* (c) *l. si quis filio. 6. & l. postumorum 31. ff. d. t.* Vlp. *lib. Inst. t. 23. quemad testam. rump. §. agnascitur suus heres*; ubi hisce modis & alium adjungit, conventionem scilicet in manum.

25 Capitis deminutione testatoris maxima & media semper fit irritum ejus testamentum: (a) minima verò non semper. Paganus enim testator si arrogetur, irritum fit ipsius testamentum, ut & si miles, qui de paganis rebus testamentum fecit, ab aliquo arrogetur, testamentum ejus infirmatur. (b) At si miles de castrensibus suis bonis testatus sit, arrogatione testamentum ipsius non fit irritum: (c) ut nec emancipatione irritum fit testamentum filiifam. militis de castrensi peculio factum. (d)

a) *Dict. l. si quis filio. 6. § irritum fit testamentum, & §§. seqq. ff. de injust. rupt.* (b) §. *non tamen per omnia. 6. Inst. quib. mod. testament. infirm. l. qui ex liberis. 11. §. testamento. 2. ff. de bonor. possess secund. tabul. l. conficiuntur. 8. §. si post. 3. ff. de jure codicill.* Arumæus *Exercit. Iustin. 19. th. 22.* Quid de Emancipatione disputat Hunn *lib. 2. variar. resolut. jur. civ. tract. 7. quæst 3.* (c) *l. miles filiusfam 22. l. idem est 23. ff. de testam. milit.* (d) *d. l. Miles 22. ff. d. t. & §. denique, Inst. eod. t.* Pro eo enim est, ac si à patrefam. factum esset, *l. 1. §. sed & si filiusfam. ff. de bon. poss. sec. tab. §. penult. Inst. de milit. testam.* Dissentit Harmenop. *lib. 5. t. 5.*

26 Quòd si maximam aut mediam capitis deminutionem passus, à principe restitutus sit, testamentum ipsius convalescit, non tantùm jure prætorio, (a) sed & civili jure. (b)

a) §. *Non tamen. 6. Institut. quib. mod. testament. infirment.* (b) per ea quæ scribit Donell. *lib. 6. Comment. jur. Civil. c. 16. p. 44. in fin. & cap. seq.* Ant. Faber. *lib. 10. conject. cap. 19.* Althusius *lib. 1. dicaeolog. cap. 55. num. 7. & seqq.*

27 Capitali quoque judicio damnato testatore, si ejus pœna mors sit, testamentum ipsius fit irritum, non modò si liberos aut parentes nullos habeat, sed etsi habeat eos; quippe cum priore casu ejus bona publicentur, (a) posteriori verò casu bona ipsius novo jure ad liberos vel parentes pertineant. (q)

a) *l. 1. ff. De bon. damnat. l. ejus §. 1. ff. qui testament. fac. poss.* Gerhard. *de testamentis. disp. 9. th. 17.* (b) *Nov. 134. c ult.* Donell. *lib. Comment. jur. Civ. 6. c. 16. p. 42. in fin.* Coler. *lib. 1. decis. 34.*

28 Similiter reorum criminis capitalis, qui ob facinoris conscientiam mortem sibi consciverunt, testamenta irrita constitutiones faciunt, etiamsi milites fuerint, & militare crimen admiserint. *l. si*

l. Si quis 6. §. ejus, qui deportatur, vers. nam terram, ff. de injust. rupt. & l. 3. ff. de bon. eor. qui ante sent. mort. sibi consciv. Cujac. *in lib. 14. & Papin. ad l. 34. ff. de testam. milit. p. 571. & seq.*

Defectione heredis irritum fit testamentum, cùm nemo ex testa- 29
mento heres extitit.

l. 11. ff. De injust. rupt. irrit. l. penult. ff. de bonor. possess. contr. tab. §. quæsitum quoque. 2. Inst. quibus modis testament. infirm. & 2. post. de hered. ab intest. in fine pœnæ l. 3. ff. de his quæ in testam. del. l. 9. ff. de testam. tutel. l. si nemo. 181. ff. de reg. jur. l. intestatus. 64. ff. de verb. signific. abi Plebis. *disp. 3. thes. 25.* Cujac. *lib. 18. obs. cap. 19.* Fürstenthumbs Würtemberg Landrecht, das Alte, *part. 3. p. 301. §. wenn.* So die eingesetzten Erben; das Newe *d. t. 20. §.* Gleichefalls.

Irritum quoque fit, ut diximus, testamentum militis in castris fa- 30
ctum, post annum missionis.

l. Si miles 7. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. & §. sed hactenus, Inst. de milit. testam.

Remedio judiciali infirmatur testamentum, quando inofficiosi que- 31
rela, vel bonorum possessione contra tabulas tollitur.

Cujac. *ad l. 1. cùm filia ff. de injust. rupt. &* Donell. *lib. 6. Commentar. jur. Civil. cap. 16. p. 46.* De querela inofficiosi testamenti recte petenda, *Paulus. l. 5. penult. & l. ff. de inoff. test.* De bonorum possessione contra tabulas est textus in §. *antepenult. Inst. de exhered. lib. cum antiquitas 15. ff. de bon. poss. cont. tab.*

Querela inofficiosi (quæ est actio, (a) quâ testamentum ob exhe- 32
redationem vel præteritionem, quæ pro exheredatione est, (b) immeritò, id est, sine causa, vel ex aliqua causa, sed non justa factam, (c) rescindi petitur) (d) hodierno jure heredis institutio infirmatur, legata verò, & cætera capitula salva manent. (e)

a) *l. Quemadmodum 7. in princ. l. nihil interest 12. in pr. & §. fin. l. cum etsi 15. §. filius, ff. de inoff. testam. l. ult. C. de inoffic. donat. §. tam autem. 2. Inst. de inoff. testam.* Donell. *lib. 12. Comment. c. 3.* adde *infr. class 5. disput. 24. th. 4. & 13.* Quo jure hæc actio sit introducta, *probe in Comment. ad pr. Inst. de inoff. testam. num. 56.* adde Dn. D. Besold. *in delibat. ad lib. 1. ff. quæst. 17. Vbi in quæst. sequenti* habet quæ sit hujus actionis hodie ratio. (b) *ut cùm mater vel avus maternus liberos suos testamento præterierunt. §. mater. Inst. de exhered. liber. item cum liberi parentes suos non rite exheredarunt, ut dictum fuit supra thesi 52. disp. 3. Vt & cùm frater aut soror consanguineus fratrem vel sororem suo testamento præterit, ut traditum fuit supr. thesi 57. & disput. 3.* (c) *per fundamenta thesi 49. disput. 3. adscripta.* Vachius. *lib. 4. controvers. cap. 9.* (d) *tot. titul. ff. & C. de inoffic. testa-*

mein.

ment. (e) *Novell. 115. cap. 3. in fin. & cap. 4. in fin.* vide *ſupr. diſput. 3. theſ. 47. hac claſſ.*

35 Sed qua actione petantur legata, teſtamento per querelam reſciſſo, controvertitur eſt? Aliis actioni ex teſtamento, aliis condictioni ex lege locum eſſe exiſtimantibus: nos priori parti, actionem ex teſtamento danti, adhærendum arbitramur.

Per Novell. 115. cap. 3. in fin. ibi, tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum. Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. 113. in fin.* Fachinæ. *lib. 4. controv. jur. cap. 10.*

36 Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur jure prætorio emancipatis maximè liberis, & patrono, teſtamento prætentis, ad reſcindendum parentis vel liberti teſtamentum.

Dict. §. emancipatos, Inſt. de exhered. liber. & tot. tit. ff. de bon. poſſ. contr. tab. & §. ſed noſtra, verſ. ſi verò teſtamentum, Inſtit. de ſucceſſ. libertor. vide *infra. diſp. 12. hac claſſ.*

37 Etſi verò contra patris tabulas bonorum poſſeſſio petita ſit; ſubſtitutio tamen pupillaris valet, & legata omnibus præſtanda ſunt, quæ à ſubſtitutione ſunt data. [a] Legata autem cætera & fideicommiſſa ſimul cum ipſa inſtitutione corruunt, niſi liberis, aut parentibus, vel uxori, aut nurui dotis nomine relicta ſint. [b]

a] *l. Ex duobus 34. §. ult. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* [b] *l. 1. 2. 3. l. virilis portio. 8. §. ult. l. is qui. 15. §. pen. ff. de legat. præſt. contr. tab. bon. poſſ. petit.* Azo *quidem ad t. C. de bon. poſſ. cont. tab. in fin.* & eum ſecutus Weſembec. *in Paratitl. ff. de legat. præſt cont. tabul. bonor. poſſeſſ. petit.* ſcribunt, hodie hoc quoquo modo evacuato teſtamento legata nihilominus & fideicommiſſa in eo relicta deberi: Sed id negat Cujac. *in Paratitl. ff. dict. titul.*

CLAS.

CLAS. III. DISPUT. X.

DE HEREDITATIbus quæ ab inteſtato deferuntur.

THESIS I.

DE teſtamento, quo hereditas defertur, hactenus: ſequitur de hereditate, quæ lege ab inteſtato defertur. [a] Lege autem ab inteſtato hereditas deferri dicitur, quæ defertur ſola lege, ſine defuncti teſtamento. Vnde legitima dicitur hereditas, [b] & hereditas inteſtati, [c] & ab inteſtato delata; [d] item legitimi dicuntur heredes, quibus ita hereditas defertur; [e] & legitima ſucceſſio, [f] quâ hoc modo hereditas adquiritur. 1

a) *Vide theſin 9. Diſp. 1. hujus Claſſis.* (b) *l. ea vero 3. §. de illo. 2. ff. pro ſocio l. in plurium. 70. & l. illud. 77. ff. de adquir. vel omitt. hered.* (c) *§. 1. Inſt. de heredit. quæ ab inteſt. defer.* (d) *Rubr. Inſt. & §. ultim. verſ. ac primo Inſt. per quas perſon. cuiq; adquir.* (e) *l. 2. §. ult. ff. unde legit. l. 2. in pr. & 1. t. ff. de ſuis & legit.* (f) *l. ſi curatoris. 9. C. de jure delib.* De ſucceſſione ab inteſtato vide Forſteri. *tract. ſingul.* & Cancer. *lib. 1. variar. reſolut. cap. 5. per tot.*

Duplex itaque circa legitimam hereditatem inſpectio incurrit: una, quando defunctus dicatur inteſtatus deceſſiſſe; altera, qui ſint legitimi illi heredes, quibus inteſtati hereditas defertur. 2

Donell. *lib. 9. Comment. c. 1. p. 379. in pr.*

Inteſtatus autem defunctus deceſſiſſe dicitur, cùm vel omninò teſtamentum non fecit; vel non jure fecit; vel id, quod jure fecit, infirmatum eſt. 3

l. 1. In pr. ff. de ſuis & legit. & 1. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. in pr. quibus autem modis teſtamentum jure perfectum infirmetur, expoſitum eſt *diſputatione proxima præcedenti.*

Et in ſtatuto inteſtatus non ſolùm is dicitur, qui cùm potuiſſet teſtari, nullum teſtamentum condidit; ſed & ille defunctus, qui non habuit teſtamenti factionem, ut pupillus & furioſus, &c. 4

Digitized by Google

§. *Cùm autem. verſ. & cùm quibuſdam. Inſt. de adopt. l. qui duos 9. in pr. ff. de reb. dub. l. pater. 14. §. ultim. ff. ad l. Falcid.* Alciat. *ad l. inteſtatus 64. ff. de Verbor. Significat.* Faber. *ad §. 1. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Fachinæ. *lib. 4. controverſ. cap. 74.* Obſtat. *l. 1 in pr. verſ. planè qui teſtari. ff. de ſuis & legit.* adde Harpprecht. *ad tit. Inſt. de hæredit. quæ ab inteſtat. defer. in pr. num. 465. & ſeqq.* vide Hondedæ. *conſult. 5. num. 31. & ſeqq. vol. 1* Forſter. *de ſucceſſ. ab inteſtat. lib. 3. c. 4. n. 10.*

5 Etſi autem defunctus abſque condito teſtamento, atque ita inteſtatus deceſſiſſe præſumatur, ut contrarium qui aſſerit, probare teneatur: [a] attamen teſtamentum, ſi quod factum eſt à defuncto, qui teſtari potuit, id non jure factum eſſe haud præſumi, ſed probari debet, ſi non appareat vitioſum. [b]

a) *Arg. l. aſſeveratio 10. C. de non numerat. pec.* Didac. Covarruv. *variar. reſolut. c. 6. num. 5.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 1.* Et ſufficit ſi probetur per duos teſtes aliquem teſtatum eſſe. Surd. *conſil. 268. num. 47.* Mantica *de conject. ultim. volunt. lib. 12. c. 16. num. 15.* (b) *l. 3. ff. de teſtament. militar. l. cancellaverat 2 in fin. ff. de his, quæ in teſt. delent.* Menoch. *d. lib. 4. præſumpt. 9. & 10.*

6 Legitimi heredes, quibus inteſtati hereditas defertur, alii ſunt communes ſive alodiales, alii feudales.

Mollin. *conſil. 18. n. 7. & 8. ſed de communibus hic, de feudalibus infra claſſ. 5. diſput. 18. agemus.*

6 Communes legitimi heredes ſunt, qui communi jure *(a)* defuncto inteſtato in ejus alodio ſuccedunt: & ſunt vel cognati, *(b)* vel extranei quidam.

a) Ius commune juri ſingulari opponitur. *l. de militis. 2 ibi propria & ſingularia jura l. ſi miles. 3. ibi jure communi l. ex militari. 11. ibi, an jure communi l. Tribunus. 20. ibi communi jure civium Romanorum ff. de teſtam. milit. l. Ius ſingulare. 16. ff. de legib.* & jus hoc commune etiam vulgare dici poteſt, id eſt, vulgò uſitatum; quippe cum vulgaris ſubſtitutio dicatur. *tit. ff de vulg. & pupill. ſubſtit.* & vulgaris exceptio *l. Babius. 30. verſ. ex diverſo. ff. de pact. dotal.* & vulgaris actio. *l. quidam cum. 46. ff. de hered. inſtit.* (b) cognatorum nomen hic generaliter accipimus, eóque complectimur agnatos & cognatos ita in ſpecie dictos, *ut in l. 1. l. 4. l. Inconſultus 10 ff. de gradib. & Novell. 118. in princip.*

7 Cognatorum, qui inteſtato defuncto ſuccedunt, tres ſunt ordines ſive gradus: primus eſt deſcendentium ſeu liberorum: ſecundus adſcendentium ſeu parentum: tertius cognatorum, qui ſunt ex tranſverſo ſive latere.

d. Novell. 118. in fine princ. d. l. 1. ff. de grad. & §. 1. Inſtit. d. tit. Vide

Adam

Digitized by Google

Adam Keller *in tractat. de jure succedend. ab intestat. tit. 3. num. 1. & seqq.* Borcholt. *in tractat. de gradibus ubi passim.*

Prima autem causa in legitima cognatorum successione est liberorum, *(a)* quos naturæ & parentum commune votum ad successionem genitorum admittit: *(b)* quique non nisi turbato naturæ ordine ante parentes decedunt: *(c)* & proximi sunt parentibus cognati. *(d)* 9

a) *d. Novell. 118. in princ.* Enenckel. *de privileg. parent. & liber. privil. 3. cap. 1. num. 8. & seqq. & privil. 14. part. 1. cap. 1. num. 1.* (b) *l. scripto 7. in fin. ff. si tabul. testament. null. extab. l. cum ratio 7. in princ. ff. de bon. damnator.* (c) *l. penultim. §. sed nunquid. ff. de bon. libert.* (d) *l. filius 12. ff. de suis & legit.* Anton. Gomez. *tom. 1. variar. resolut. capit. 1. numer. 2.*

Et succedunt defunctis suis parentibus liberi, mares fuerint sive fœminæ *(a)* ipsi parentes vel liberi, *(b)* aut in potestate, vel sui Juris, etiam ex emancipatione: *(c)* nulla etiam habita suitatis ratione; *(d)* aut nati fuerint tempore mortis parentum, vel posthumi sint. *(e)* Quin & Monachi suis parentibus in eorum hereditate succedunt. *(f)* 10 11

a) *l. Si matre 11. C. de suis & legit. §. item vetustas. Instit. de hered quæ ab intest. defer. & tot. tit. ff. ad SC. Tertyll. & Orphit. Item Cod. titul. ad SC. Orphit. & tot. tit. Instit. de SC. Orphit.* Fürstl. Württemb. Landrecht / *folio 472.* (b) *l. ultim. Cod. de suis & legit. l. maximum vitium 4. C. de liber. prater. Novell. 118. cap. 1. Auth. in successione C. de suis & legit.* (c) *l. quacunque. C. de bon. quæ liber. l. ult. C. commun. de succeff. d. Novell. 118. cap. 1. & d. Auth. in successione, C. de suis & legit. est ergo sublatus tit. ff. de conjungend. cum emancip. liber.* Donell. *lib 9. Commentar. cap. 2. pag. 401.* (d) *d. Novell. 118. cap. 1. Auth. in successione C. de suis & legit.* (e) *§. licet, Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. Titius 6. & l. seq. ff. de suis & legit.* Nihil refert an fœtus post textum mensem sub exordium septimi, an verò perfecto septimo mense vel octavo, vel nono, vel decimo, vel etiam circa principium undecimi mensis natus fuerit. *l septimo. 12. ff. de stat. homin. l. intestato. 3. §. fin. ff. de suis & legit. hæredib.* Speckhan. *centur. 1. quæst. 77.* Menoch. *consil. 284. numer. 19.* Peregrinus *de fideicommiss. articul. 43. numer. 29. & seqq.* Graff. *lib. 5 sentent. §. successio ab intestato quæst. 8.* Hackelman. *illustr. quæstion. disput. 18. thes. 2. lit. F.* Stephani. *centur. 3 quæst. 4. lit. D.* Francisc. de Barry *de succeff. lib. 18. tit. 6.* (f) *l. Deo nobis. 56. §. hoc etiam cognitum. C. de Episcop. & Cleric.* Coler. *1. decis. 46.* Didac. Covarruv. *ad tit. Decretal. de testam. cap. 1. num. 21.* Dd. *in Auth. ingressi. Cod. de SS. Eccles.* Ferd. Vasq. *libr. 3. de succeff. §. 26. num. 4. Mathæsilan. tract. de succeff. ab intestat. in princ. num. 4.*

Neque refert legitimè sint nati liberi, vel per legitimationem *(a)* 10

Digitized by Google

aut adoptionem, (b) legitimi effecti. Nam & hi ſive ſoli ſint, ſive cum legitimè natis concurrant, (c) parentibus ſuis ſuccedunt. Emancipati tamen adoptivi liberi adoptivo patri defuncto non ſuccedunt. (d)

a) §. *Quibus connumerari. 2. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. l. communem 9. l. cum quis 10. C. de natur. liber. l. Imperialis 23. §. ſed & liberos C. de Nupt. Novell. 12. cap. 4 Novell 89. cap. 4. & cap. tanta. extr. qui filii ſint legit.* (b) §. *ſed hodie Inſt de adopt. l. pen. C. d. t. l. 1. §. liberos autem ff. ſi tab. teſt. null. extab.* (c) *l. ſi te parens 5. C. de ſuis & legit.* Extantibus tamen legitimis & naturalibus non ſuccedunt patri, proinde nec aliis cognatis *Novell 74. cap 2. fit igitur licentia, & Novell. 89. cap. 9* ratio eſt, extantibus illis liberis nulla eſt hæc legitimatio. (d) *dict. l. penult. §. ſed ne articulum. verſ ſed ſiquidem, C. de adopt. dict. l. 1. §. liberos autem, ff. ſi tab. teſt. null. extab. §. at hi, qui emancipati, verſ. & convenienter, Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.*

12 Liberos ex concubinatu progenitos quod attinet, hi matri ſuæ & parentibus maternis, etiam cum liberis legitimis ſuccedunt; (a) at patri inteſtato, ſi juſtam uxorem, & prolem juſtam non habeat, cum matre in duas uncias ſuccedunt; alioqui ad ejus bona non admittuntur: (b) ut nec ad avi paterni inteſtati ſucceſſionem. (c)

a) *l. Penultim. C ad SC. Orphit. l. 2. l. Modeſtinus 8 ff unde cognati. & tot. titul. Inſtit. de SC. Orphit.* Donell. *libr. 9. Commentar. cap 2. pag. 400.* (b) *Novell. 18 cap. 5. & Novell. 89. cap 12. Auth. Licet, C. de natur liber.* Ratio, cur non ſuccedant patri naturales liberi, ſi defuncto ſuperſit conjunx legitima, hæc eſt; ut parcatur pudori honeſtæ & legitimæ uxoris, ſive ut occurratur juſto dolori ejus: quam veriſimile eſt juſtè offenſum iri, ſi quos videat, ſe viva, in numero & jure liberorum defuncti haberi aliundè ſuſceptos, quàm ex honeſto & legitimo matrimonio. Donell. *lib 9. Comment. d. cap. 2. pag. 400.* vide me *in Comment. ad tit. Inſt. de hæredit. quæ ab inteſtat. deferunt. num. 62.* Molin. *de juſtit & jure tom. 1. tract. 2. diſputat 166. num. 5.* (c) *l. ultim. C. de naturalib liber.* Forſter *in tract de ſucceſſ. ab. inteſt. lib 2.* Gabriel. Paleot *de noth. & ſpur. cap 38. num 5.* Hi enim de domo & familia patris non ſunt, nec arma & inſignia familiæ ferunt. Adam Keller. *de jur. ſucced. ab inteſt. tit 6 num 5.* Dn. D. Beſold *libr 1. Politicor. cap. 11. num. 60.* Graſſ. § *ſucceſſio. quæſt 18. num. 5.* ubi diſſentit.

13 Sed an naturalis filii liberi legitimi avo ſuo paterno non minus ac pater ipſorum ſuccedant, in quæſtionem vocatur? Negantium partes nos ſequimur.

Per d' l. ult. verſ. ſed hoc, junct. verſ ſeq. C. de Natur liber. & d. Novell. 89 cap. 12 Diſcretis. igitur, in fin. Mathæſilan. *in tract. de ſucceſſ. ab inteſt.*

Digitized by Google

intestat. membr. 2. primi artic. num. 4. Valent. Forster. *lib. 6. cap. 10.* Dissentit post alios Didac. Covarruv. *in tractat. in libr. 14. Decretal. part. 2. cap. 8. §. 4. num. 10.*

Filii spurii (*a*) patri intestato non succedunt: Matri verò si cum 14
ea connubium esse potuit licitum, (nisi sit illustris) & parentibus maternis, etiam cum legitimis liberis succedunt. Quòd si etiam mater illustris non habeat justam prolem, tum & illi succedunt. (*b*)

a) *l. hac parte 2. & l. Modestinus 8. ff. unde cognati. §. novissime. Inst. de Senatusconf. Orphitian.* Decius *consil. 36.* Castr. *consil. 33. lib. 2.* vid. Dn. Besold. *p. 4. Iur. Württ. thes. 66.* Socin. *consil. 130 numer. 4 & consil. 148. lib. 2.* Alexand. *consil. 139. in fin. vol. 1.* Salicet. *in l. 1. C. ad leg. Iul. de adult.* Ioseph. Ludovic. *decis. 18. num. 29.* qui ambo dicunt, quod etiam Spurius patri succedat. (b) *l. si qua illustris 5. C. ad SC. Orphit. l. 2. l. 8. ff. unde cognati. §. novissimè Inst. de SC. Orphit.*

Quòd si qui ex incestis & interdictis nuptiis nati sint, placet eos ne 15
quidem matri succedere; (*a*) quamvis à parentibus, licèt non jure civili, (*b*) canonica tamen lege alendi sint. (*c*)

a) *Novell. 89. cap. 15 Auth. ex complexu*, ubi vide Sichard. *C. de Incest. nupt. & Auth. haec si de natural. liber.* (b) *d. Novell. 89. cap. 15. ultima siquidem.* (c) *c. cum habeat*, ubi glos. *Ex. de eo, qui duxit in matrim.* Vide me *de regal. lib. cap. 2. num. 107.*

Est & illud hic notandum, quòd filii & filiæ, si soli solæve sint, pa- 16
renti suo in capita succedunt: sin concurrant cum illis nepotes & neptes, successionem in stirpes fieri; (*a*) Et non solùm hos in defuncti sui justi parentis locum succedere, sed & cæteros omnes descendentes in infinitum; (*b*) quamvis Angel: (*c*) existimet, ultra pronepotes hoc non extendi, ut alter in alterius locum succedat.

a) *Novell. 118. cap. 1. Auth. insuccessionem C. de suis & legit. l. 2. C. d. §. cùm filius, Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* Donell. *d. lib. 9. cap. 2. pagin. 402.* (b) *d. Novell. 118. cap. 1. ibi, aut alios descendentes; item vers.* In hoc enim ordine gradum quæri nolumus. Ioan. Schneid. *ad tit. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. c. de success. filior. natural. & legitimor. simul. numer. 17.* (c) *ad §. cum filius.* ubi Faber. *Instit. dict. t.* Bartol. *in l. 1. §. sed si quis ff. de suis & legib. heredib.*

Similiter si defuncto sint tantum nepotes & neptes, ex stirpibus fit 17
successio.

Dict. l. 2. & l. 3. C. de suis & legit. §. cum filius, ubi Wesemb. *Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* Cujac. *ad d. Novell. d. cap. 2. pag. 402. Commentar. jur. civil.*

Quòd si liberi sint diversi matrimonii, unaquæque soboles sui pa- 18

Digitized by Google

rentis bona, etiam donationem propter nuptias, & dotem parentis accipit.

Novell. 22. cap. 29. nec illud. Iohan. Borcholt. *in Commentar. in conſuet. feud. cap. 7. num. 16.*

19 Etſi verò liberi parenti ſuo etiam ita ſuccedant, ut ſoli ſuccedant, etiam ſuperſtite parente excluſo, licet liberi defuncti in ejus poteſtate fuerint: (a) attamen peculium profectitium, ut & adventitii peculii uſusfructus penes ſuperſtitem parentem patremfamiliâs manet; (b) exceptâ dote profectitia, quæ ad liberos defunctæ matris pertinet. (c)

a) *d. Novell. 118. cap. 1.* facit *l. ultim. in princ. ff. de bon. damnat. l. nam & ſi. 15. in princ ff. de inofficioſ. teſtament. l. ſcripto. 7. §. ultim. ff. ſi tab. teſtament. null. extab.* (b) *per l. cum oportet. C. de bonis quæ lib. §. 1. Inſtit. per quas perſon. cuique adquir.* (c) *l. poſt dotem. 40. ff. de ſolut. matrim.* Eſt enim dos proprium filiæ patrimonium *l. denique. 3. §. ergo etiam. 5. ff. de minor. l. Pomponius Philadelphus. 35. ff. famil. erciſcund.*

20 Interdum tamen cum liberis defuncti admittitur pater aut mater, ſi conjunx defunctus locuples fuit, ſuperſtes inops, ſive liberi amborum communes ſint, ſive alterius matrimonii: conjunx ſuperſtes in quartam partem uſusfructus bonorum admittitur, ſi tres ſunt liberi vel pauciores; ſi plures, in virilem. (a) Si quoque matre viva, pater filios emancipârit, deinde pòſt mater deceſſerit, tunc pater inter liberos communes emancipatos vocatur in virilem uſusfructus partem. (b)

a) *Auth. præterea C. unde vir. & uxor. Nov. 53. c. 6. Nov. 117. cap. 5.* Matth. Coler. *deciſ. 65. n. 32. part. 1.*, Tuſchus. *pract. concl. tom. 7. lit. S. concl. 674. num. 7. & tom. 8. lit. V. concl. 401. num. 1.* Berlich. *part. 3. pract. concluſ. concluſ. 26. num. 14. & ſeqq.* Rittershuſ. *ad Novell. part. 7. cap. 17. numer. 11. & ſeqq.* (b) *l. 3. Cod. de bon. mater.* Neque hæ duæ exceptiones ſublatæ ſunt *per Novell. 118. cap. 1.* ut oſtendit Donell. *lib. 9. c. 2. p. 462.* Statuto quoque Würtembergico ſuperſtes parens ad defuncti parentis bona unà cum liberis vocatur, vel in tertiam hereditatis partem, ſi tantùm unus adſit filius, aut filia; vel in partem virilem, ſi plures ſint liberi. Fürſtenthumbs Würtemberg New Landrecht / *p. 4. t. 7.* & Plebſt. *diſp. 4. theſ. 53. & ſeq.*

21 Quod ſi turbato mortalitatis ordine liberi ante ſuos parentes moriantur, & liberos non relinquant, tunc ratione pietatis & miſerationis, ad horum bona parentes vocantur.

Dict. l. nam etſi. 15. in pr. ff. de inoffic. teſtam. d. l. ſcripto. 7. §. ult. ff. ſi tabulæ teſtam. null. extab. unde liberi. Novell. 118. c. 2. Fürſtl. Württemb. New Landrech. *part. 4. t. 19.*

Et

Digitized by Google

Et ſi defunctæ proli parentes ſoli ſuperſint, tunc illi ſoli admittuntur, ſalvâ tamen gradus prærogativâ: Pater enim & mater præferuntur avo & aviæ, & hi remotioribus adſcendentibus. *(a)* Et ſi pari ſint gradu, pariter ſuccedunt, paternis quidem dimidiâ, maternis verò aliâ dimidiâ delatâ, licet diſpar eorum ſit numerus: & quidem ſuccedunt parentes in omnibus bonis æqualiter. *(b)* 22

a) *Dict. Novell. 18. c. 2. Auth. defuncto, C. ad SC. Tertyl. l. 3. §. fin autem C. de bon. quæ lib.* (b) *d. Novell. 118. c. 2. & d. Auth. defuncto, C. ad SC. Tertyll.* Nec enim in iis, quæ à patre, vel paterna linea ad filium jure hereditario pervenerunt, ſolis pater: neque in iis, quæ à matre aut materna linea provenerunt, ſola mater ſuccedit; quippè cùm ex aditione proprium fuerint patrimonium filii. Bald. *ad d. l. 3. quod ſcitis C. de bon. liber. & ad d. Auth. defuncto, C. ad SC. Tertyll.* Valent. Forſter. *lib. 7. de ſucceſſ. c. 4. concl. 4. num. 16.* Weſenb. *in addit.* ad Schneidew. *ad tit. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. c. de ſecundo gradu, ſeu ordine ſucced. ab inteſt. n. 12.* ubi Schneidew. poſt alios diſſentit. Intricata eſt quæſtio an pater & mater cæterique aſcendentes diverſæ lineæ, in gradu pariter exiſtentes, in omnia bona ſuccedant, ſive illa à patre ſive à matre provenerint ad prædefunctum, ita ut penitus nulla ſit bonorum facienda diſtinctio? Quod ego affirmarim, propter *Novell. 118. c. 2. verſ. ſi autem plurimi. ubi Juſtinianus indiſtinctè hæreditatem filii vel alterius deſcendentis ſine liberis defuncti ad aſcendentes ſive parentes, in pari exiſtentes gradu pariter pertinere ſtatuit*: & hanc opinionem ceu veram defendunt Ludov. Molina *tom. 1. de juſtit. & jur. tract. 2. quæſt. 163. num. 5.* Enenckel. *d. privil. parent. & privileg. 14. capit. 1. part. 2. numer. 4.* Hunn. *variar. reſolut. lib. 3. tract. 1. q. 31.* Fachinæus. *lib. 6. controv. c. 4.* Hackelm. *illuſtr. q. diſp. 18. theſ 15. lit. D.* & in Camera practicatam dicit Mynſ. *cent. 6. obſ. 55. num. 3.* Licet diſſentiant Theſaur. *deciſ. 27. num. 2. & 3.* Berlich. *pract. concluſ. part. 3. concl. 20. num. 14. & ſeq.* Modeſt. Piſtor. *conſil 31. q. 3. n. 39 vol. 1.* Chaſſanæ. *in conſuet. Burgund. rubr. 7. §. 6. n. 7.* Boër. *deciſ. 192. n. 5.* & alii ab his citati.

Quòd ſi plures ſint parentes ex diverſis ſtirpibus, non in capita, ſed in ſtirpes fit ſucceſſio. Si enim à matre ſit avus maternus, à patre avus paternus, & avia paterna; tunc avus maternus tantùm capit, quantum reliqui duo, id eſt, dimidiam; duobus iſtis velut in unam ſtirpem redactis, dum perſonam filii ſui referunt, cujus & in locum velut ſuccedunt. 23

Dict. Nov. 118. cap. 2. verſ. ſi autem eund. Donell. *lib. 9. Comment. 5. p. 403.* Forſter. *lib. 7. de ſucceſſ. c. 4. concl. 3. n. 5.* Würtemb. Landrecht. *d. t. §. auff den Fahl. fol. 486.*

Sed

24 Sed quæritur, si pater & mater, vel avus paternus, & maternus avus defunctis suis liberis, in potestate constituti qui erant, simul succedant, an pater vel avus paternus usumfructum habeat in portione matris, vel avi materni? Affirmativæ juris authoritas adsistit.

l. ult. C. ad SC. Trebell. Castrens. *ad Auth. defuncto, C. dict. t.* Fachinæ. *lib. 6. controv. jur. c. 6.* adde me *in Comment. ad t. 1. lib. 3. Institut. numer. 92. p. 73.* vide dissentientem Thesaur. *dec. 156.* quem sequitur Hunn. *vol. 2. resol.* Treutl. *disp. 15. thes. 4. q. 35.*

25 Si plures quidem sint, sed dispares parentum gradus, tunc jubentur præponi, qui proximi gradu reperiuntur, masculi & fœminæ, sive paterni sint, sive materni. Vt si defuncto sit pater, & matre demortuâ, avus maternus & avia materna: aut contra, si defuncto sit mater, & patre demortuo, avus & avia paterna, tum & illic solus admittetur pater, & hic sola mater, exclusis avo & avia gradu remotioribus: neque illic in locum filiæ defunctæ succedunt avus & avia, neque avus vel avia paterni succedunt in locum filii sui demortui; *(a)* etiam jure Würtembergico. *(b)*

a) *Dict. Nov. 118. c. 2. vers. si n autem plurimi.* Iohan. Faber. *ad §. Repetitis. Inst. de servil. cognat.* Bald Castr. & Angel. *ad d. Auth. defuncto, C. ad SC. Tertyll.* Donell. *d. c. 2. p. 403. lin. 25 & seqq.* Ferrar. *verò in forma libelli pro hered. ab intestat. verb. nullisq; superstitibus num. 26.* contrariam opinionem magis æquam pronunciat. (b) *d. t 13. §. 1.*

26 Quòd si cum parentibus concurrant defuncti fratres & sorores utrinque conjuncti, tùm hereditas inter eos secundùm personarum numerum æqualiter dividi debet in capita, ut singuli & adscendentes, & pleno etiam jure fratres ac sorores æquas partes ferant.

Dict. Nov. 118. c. 2. vers. sive verò. d. Auth. defuncto, C. ad SC. Tertyll. Auth item hereditas, C. de bon. quæ liber. Mynsi. *cent. 6. obs. 41. Idem etiam cautum jure Würtembergico.*

27 Vtrum autem defuncti frater utrinque conjunctus avo suo præferatur nec ne, in dubium vocatur? Et illum huic non præferri, sed utrunque simul succedere, legislatio Iustiniani docet.

Dict. Nov. 118. c. 2. vers. si verò. Atque ita sentit Bartolus Castrensis Salicet. Corneus *ad Auth. defuncto C. ad SC. Tertyll.* Didac. Covarruv. *tractat. de succes. ab intest num. 5.* Fachinæ. *lib. 6. controv. c. 7.* Borcholt. *de gradib. t. de succes. ascend. p. 220.* Forster. *lib. 7. de succes. c. 6. n. 1.* Dissentit Cassen. *ad consuetud. Burg. Rub. 7. §. 6. vers. sed adverte.*

28 Si sint defuncto cum parentibus etiam mortuorum fratrum vel sororum liberi, tunc hi omnes succedunt in stirpes, ut non plus accipiant, quàm quantum parens ipsorum accepturus esset, si viveret.

Novell. 127.

Digitized by Google

Nov. 127. c. 1. Quo loco correcta est. d. Nov. 118. c. 3. vers. si autem cum fratribus. Consonat huic Iuri statutum Würtembergicum *d. part. 4. fol. 372. in pr.* De jure repræsentationis vide Coler. *lib. 1. decis. 43.*

Quòd si verò cum parentibus concurrant defuncti fratres & soro- 29
res, altero tantùm parente conjuncti, tùm hi à parentibus excludun-
tur, *(a)* etiam jure Würtembergico. *(b)*

a) *Dict. Novell. 118. c. 2. & d Nov. 127. c. 1. Auth. cessante. C. de legitim. hered.* Matthæsilan. *in tract. de success. ab intestat. in secundo art. pr. numer. 10.* Cyn. Postorien. *eodem. tractat. numer. 6. vers. si verò, part. 2.* Oliver. Tertyll. Gulielm. Bened. *in repetit. c. Raynutius, de Testam. verb. & uxor. num 76.* Nicol. de Vbaldis *tract. de success. ab intestat. part. 2. n. 7.* Dissentit Schurff. *consil. 5. num. 2. cent. 1.* Et Cassan. *consil. 9. & ad consuetud. Burgund Rubr. 7 §. 6. vers. dictumest hic.* Sed horum opinionem falsam ostendit Didac. Covarruv. *Tractat. de success. ab intestat. concl. 6. vers. Hinc apparet, num. 5.* & post eum Fachinæ. *lib. 6. controv. c. 8.* sed obstare videtur *l. si quis C. ad Senatusc. Tertyll.* nisi dicas eum locum corrigi per novissima jura, Nicol. de Vbald. *num. 7.* (b) *part. 4. fol. 492. vers.* **Aber deß verstorbnen.**

Si tamen mater ad secundas nuptias transeat, tunc eorum, quæ ex 30
paterna substantia ad filium pervenerunt, usumfructum quidem con-
sequitur, proprietatem verò non capit. *(a)* Idem etiam ad patrem porri-
gi debet. *(b)*

a) *Novell. 22. capit. 26. Hinc nos, vers. si autem. l. fœminæ. 3. §. illud, junct. Auth. ex testamento,* ubi gl. *C. de secund nupt. l. mater. 5. C. ad SC. Tertyll. & Nov. 2. cap. 3.* ubi Cujac. *& Nov. 22. cap. 46. vers. si autem.* Boër. *decis. 185. & 192.* Rittershus. *ad Novell part. 7. c. 12.* (b) *dict. Novell. 22. cap. 23. Si verò expectet, vers. & hæc communis.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observ. 98. num. 3.* Forster. *lib. 7. cap. 11. de success. ab intestat.* Etenim jura non solum præsumunt, novas nuptas tum bona, tum animum & vitam suam novis addicere maritis. *l. lex, qua, 22. in fin. C. d. administr. tutor.* verum etiam, patrem Novercalibus delinimentis instigatum, malignè circa sanguinem suum ferre judicium, existimant. *l. 4. & l. 3. ff. d. inoffic. testam.* Forster. *dict. loc.* Gail. *libr. 2. observ. 98. numer. 3.* Bachovius *in not.* ad Treutler. *volum. 2. disput. 16. thes. 4. lit. D. pagin. 1041.* Decius *consil. 87. num. 3. & consil. 230. num. 1.*

Similiter mater, si filio suo impuberi intra annum tutorem non 31
petit, non gaudet jure succedendi, in ejus impuberis defuncti here-
ditate.

§. *Penult. Institut. de SC. Tertyll. l. matres. 3. Cod. ad SC. Tertyll. l. sciant 10. Cod. de legit. hered. l. 2. §. 1. l. ultim. ff. Qui pet. tutor. l. cum à matri-*

bus §. & l. ult. C. d. t. Marant. ad l. si potest. 18. num. 219. & seqq ff. de acquir. vel omitt. hered.

32 Si quoque turpem & luxuriosam vitam elegerit mater, non succedit in filii defuncti hereditatem.

l. Vlt. C. quando mulier tutel. off. fungi poss. Andr. Gail. *libr. 2. observat. pract. dict. observat. 98. num. 15.* Forster. *dict. tractat. libr. 7. capit. 19. ubi elegantèr.*

33 Non solùm autem naturales parentes liberis suis succedunt, sed & adoptivi parentes liberis suis adoptivis, quos in potestate habuerunt, non etiam extraneis adoptatis: (a) neque liberis arrogatis, si hi intra pubertatem decesserint. (b)

a) §. *Sed hodie, 2.* ubi Wesembec. *Instit. de adoptionib. l. penult. §. si verò C. d. t.* (b) §. *cùm autem*, ubi gloss. *in verb. venturi, Instit. d. tit. d. l. pen. §. fin.* & ubi gloss. C. *eod.* Forster. *in tractat. de success. ab intest. libr. 7. cap 18. num. 4. & aliquot. seqq.* Schneidewein. *hic in secundo ordin. succedend. num. 39.*

34 Liberis autem per oblationem curiæ legitimatis lex patrem duntaxat in quadrantem succedere voluit.

Novell. 89. cap. 5. Ergo sciendum, vers. si verò etiam generaliter. Forster. *dict. lib. 7. cap. 19.*

35 Sed spuriis liberis parentes ut mater & avus maternus plenè succedunt, cùm illi his succedant.

l. Si spurius. 4. ff. unde cognati. l. non ideò minus ff. dict. titul. Auth. ex complexu, C. de incest. nupt. Sunt enim reciprocæ successiones. De Spuriis, an succedant consanguineis matris suæ, vide Didac. Covatruv. *de sponsalib. cap. 8. 2. Relect. §. 5. num. ult.* Et de spuriorum successione. Coler. *lib. 1. decis. 45.*

36 Quod si defuncto neque liberi, neque parentes fuerint, tum cognatis transversi ordinis hereditatem defuncti lex defert; (a) non solùm masculis, sed & fœminis: neque solùm agnatis, sed & cognatis, licèt sint emancipati. (b)

a) *Novell. 118. cap. 3. si igitur defunctus, Novell. 127. cap. 1. Auth. cessante C. de legit. hered.* (b) *dict. Novell. 118. cap. 4. Nullam verò volumus. & Auth. post fratres, C. de legit. hered.* Fürstl. Württemb. New Landtrechts *part. 4. tit. 21. pag. 502.* vide Berlichium *part. 3. practic. conclus. 24. numer. 3. 8. & seqq.* Forster. *lib. 8. de success. cap. 1. & 2.*

37 Certus autem ordo etiam his cognatis præscriptus est. Primò enim lex vocat ad defuncti hereditatem ejus fratres & sorores, utpote ipsi defuncto cognatos proximos; non quidem indistinctè omnes, sed utroque tantùm parente defuncto conjunctos, exclusis illis fratribus & sororibus,

bus, & horum liberis, qui per patrem tantum, aut ſolùm per matrem defuncto conjunguntur, (a) etiam jure Würtembergico.

a) *Novell. 118. cap. 3. in princ. & Novell. 127. cap. 1. verſ. Hoc verò ſancimus. Auth. poſt fratres autem, Cod. de legit. hered.* Modeſtin. Piſtor. *conſil. 25. num. 24. volum. 1.* Matthias Coler. *deciſ.* German. *48. num 1. part. 1.* Schneidew. *hic. cap. de tertio ordin. ſuccedend. num. 3. & 11.*

Quòd ſi caſu eodem, cum his fratribus & ſororibus concurrant de- 38
functorum fratrum vel ſororum utrinque junctorum filii aut filiæ, tùm hi cum illis, patruis ſuis & avunculis, in ſtirpes, id eſt, ita admittuntur, ut parentum ſuorum præmortuorum portionem capiant.

Novell. 118. capit. 3. verſ. Si autem defuncto & Novell 127. capit. 1. Auth. ceſſante, C. de legit. hered. Conſonat jus Würtembergicum. *part. 4. tit. 21. fol. 507. & ſeq.* §. Wann aber der Abgeſtorben.

Si defunctus nullos hujus conditionis fratres aut ſorores relinquat, 39
ſed tantùm filios & filias ipſorum, & præter hos etiam fratres & ſorores altero tantùm parente conjunctos, tùm filii illi & filiæ fratrum aut ſororum utrinque defuncto conjunctorum, præferuntur defuncti fratribus & ſororibus, uno tantùm parente conjunctis, ut & horum liberis; ſicuti parens eorum præferretur, ſi viveret, (a) etiam Iure Würtembergico. (b)

a) *Dict. Novell. 118. cap. 3. unde conſequens, Auth. ceſſante, C de legit. heredib.* Nicol. de Vbaldis *in tractat. de ſucceſſ. ab inteſtato part. 3 num. 4.* Hartman. Hartmanni ab Eppingen *lib. pract. obſerv. tit 42. obſerv. 10.* Iohan Schneidew. *ad titul. Inſtit. de hered quæ ab inteſt. defer. cap. de tertio ordine ſuccedendi, numer. 16.* Donell. *libr. 9. Commentar. cap. 4. pag. 484. lin. 45. & ſeq.* (b) *dict. part. 4. tit. 21.* Coler. *lib. 1. deciſ. 49.*

Defuncto autem ſi fuerit præmortui fratris aut ſororis utroque pa- 40
rente conjuncti conjunctævé filius aut filia, & alterius prædefuncti fratris aut ſororis ejuſdem conditionis nepos aut neptis, tunc filius ille aut filia huic nepoti vel nepti præfertur.

Per text. in Novell. 118. cap. 3. verſ Hujuſmodi verò, & verſ. Si verò neque fratres. Hartman. Hartmanni ab Eppingen, *dict. obſerv. 10. verſ. Similiter etiam.*

Quòd ſi defuncto non ſit frater aut ſoror utroque parente conjun- 41
ctus conjunctavé; horum filius aut filia, ſed tantum frater aut ſoror altero tantùm parente, patre vel matre, conjuncti; tum hi ante omnes cæteros cognatos ad defuncti hereditatem admittuntur, & cum his, defuncti ejuſdem conditionis fratris vel ſororis filii & filiæ in ſtirpes.

d. Novell. 118. cap. 3. verſ. Hi autem non exiſtentibus, & Auth. poſt fratres autem, Cod. de legit. hered. Conſonat Ius Wirtemberg. Coler. *libr. 1. deciſ. 51.*

42 Hinc si defunctus relinquat prȩmortui fratris aut sororis utrinque conjuncti conjunctævé nepotem aut neptem, & fratrem aut sororem altero tantum parente conjunctum, conjunctamvé, tum frater hic aut soror nepoti aut nepti illi jure communi præfertur.

Dict. Novell. 118. cap 3. vers. Hujusmodi, & vers. Si verò ne fratres, & Auth. post fratres fratrumq; C de legit. hered.

43 Si quoque defuncto aut defunctæ sit præmortui fratris aut sororis ex uno vel utroque parente conjunctorum filius aut filia, itemque patruus aut avunculus, tum hic ab illo illavé excluditur. Idem quoque de amita & matertera defuncti defunctavé dicimus.

Auth post fratres autem, ubi gloss. C. *de legit. hered.* Schneid. *ad tit. Inst. de hered. quæ ab intest. defer cap. de tertio ord. succed. n. 18*

44 Quod si defuncto plures sint ex altero tantum parente fratres & sorores, quorum aliqui conjungantur per patrem, aliqui per matrem, & defuncto fuerint etiam bona materna aut paterna, aut utraque, tum singula reddenda ei stirpi, unde profecta sunt; ut ad bona paterna soli vocentur fratres & sorores, per patrem conjuncti, ad bona materna soli qui per matrem conjunguntur.

l. de emancipatis. 13. §. ult. ibi exceptis maternis rebus, Cod. de legit. hered. Novell. 84. cap. 1. ubi gl. & Cujac. gl. & Dd. *in Auth. Itaque. Cod. de commun. de succeff.* Angel. *in verb amotis num. 1. in §. repetitis, Inst. de serv. cogn.* Idem Angel. *in §. si plures, numer 3 & 5. Instit. de legit. agnator. succeff.* Didac. Covarruv *Tract de succeff ab intestat. concluf. 8* Modestin. Pistor. *consil. 31. quæst. 3. num. 39. 43. & seq. vol. 1.* Matth. Berlich. *part 3. concluf. practic. 20. num. 4. & seqq.* Treutler. *vol. 2. disput. 16. thes. 5. lit. C.* Hartman. Hartman. *lib. 2. pract. obs. tit. 43. obs. 3. n. 13.* Schurpff. *cent. 3. conf. 91. n. 4.* Grassus *q. 32. n. 1.* Donell. *lib. 9. Comment. c 4 p. 405.* Forster. *Tractat. de succeff lib 8. cap. 8. num 3* Schneid. *Inst. de succeff ab intestat. Rubr. de tertio ordine succed. collateral. n. 21.* At quidam dissentiunt, inter quos Nicol. Varenbuler. *consil. 16. int. consil. Altorffin.* & contrarium videtur statutum in Fürstl. Würtemberg. Landrecht / *dict. part. 4. tit. 21. §.* Solte damit / *ibi* ohne vnderschied / die Güter seyen vom Vatter oder Mutter auff den verstorbnen kommen / *fol. 509.*

45 Non solùm autem fratres & sorores legitimè nati, sed & per subsequens matrimonium, *(a)* aut Principis, vel Papæ rescriptum, *(b)* non etiam per oblationem Curiæ *(c)* legitimati; Item adoptivi, si non ab extraneo sint adoptati, defuncto fratri aut sorori, quibus sunt agnati, *(d)* succedunt: ut & naturales & spurii suo fratri & sorori uterinis. *(e)*

a) *Cap. Iv*

a) *Cap. 1. c. tanta, qui filii sine legit.* (b) *c. per venerabilem. 13. d. t. Novell. 74. c. 2. ibi, nihil à legitimis filiis differentes, & Novell. 89. c. 9. in fin ibi, nihil à legitimis filiis Specul. t. de succeſſ. ab inteſt. num. 21.* Molinæ. *poſt alios ad conſuetud.* Pariſ. *t 1. §. 8 num. 42. p. 203 col. 1.* Borcholt. *de feud. c 7. part 2. num. 25.* Diſſentit Schneidevv. *ad d. t. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. c. de tertio ordine ſuccedendi, num 37.* (c) *Nov. 89. cap. 4. Filium verò*, (d) *l. pen. C. de adopt.* Schneidevv. *c. de ſucceſſ. fratr. legitimator. tantùm*, (e) *§. vulgò quæſitos, verſ itaque. Inſtit de ſucceſſ cognator. l. 2. l. 4. ff. unde cognati.* Didac. Covarruv. *ad 4. lib. Decretal. part. 2. cap. 8. §. 5. num. ultim. Graſſ. quæſt. 29.* Iohan. Schneidevvin. *de ſucceſſ. fratr. natur.*

Si defuncto vel defunctæ nullus frater aut ſoror ſit, ſed tantùm duo- 46
rum aut plurium fratrum vel ſororum filii aut filiæ, tum hi patruo ſuo vel avunculo, amitæ aut materteræ non in ſtirpes, ſed in capita ſuccedunt, ſive Ius vetus Iuſtinianęum, (a) ſive Carolinam Conſtitutionem ſpectes. (b)

a) *l. 2. §. Hæc hereditas, 2. ff. de ſuis & legit. Nov. 118. c. 3. verſ. Hujuſmodi verò, junct. §. ſi verò neque fratres, §. hoc etiam addendum, 4. verſic. His etenim perſonis, Inſt. de legit. agnator. ſucceſſ.* Vlpian. *Inſtit. t. 26 de legitim. hered. § agnatorum hereditates,* Cajus *lib. 2. Inſt. t. 8. §. Item ſi moriatur quis*; Harmenop. *lib. 3. prompt. Iur. Civil. t. 8. de heredib.* Zaſ. *in intellect. ſing. c. 7. lib. 1. & in Epitom. Feudor part. 8 num. 18. & tom. 1. conſ. 4.* Donell. *lib. 9. Comment c. 4. p. 405. in fin. & p. ſeq.* Borcholt. *de feud. c. 7. num. 32* Theſaur *deciſ. 162* Fachinæ. *lib. 6. controv 3.* Vaudus *lib. 1. var. quæſt. 24.* Ludov. Molinæ. *tom. 1. de juſtit. & jur. tract 2. diſp. 146. n. 12. & ſeqq.* Berlich. *part. 3 pract. concl. 24. num 26.* Vbi idem Iure Saxonico eſſe proviſum aſſerit: adde Henning. Gœden. *conſ 68. num. fin.* (b) *promulgata Spiræ in comitiis, Anno 1529.* Idem eſt cautum ſtatuto Wirtembergico. *part 4. t. 2. fol. 506 §.* So aber das abgeſtorben.

Hic quæri poteſt; an defuncti frater, qui multam habet prolem 47
repudiare poſſit fratris hereditatem in commodum ſuæ prolis, & damnum ac præjudicium filiorum fratris præmortui? Et quod non poſſit verius videtur.

Hartman. Hartmanni ab Eppingen. *lib. obſ. pract. t. 42. obſ. 12.* Fachinæ. *lib. 6. controv. c. 83.* ſed obſtare videtur *l. quòd autem 6. in pr. & §§. ſeqq. ff. quæ in fraud creditor. l. 1. §. unus enim, §. qui ſemel, verſ. ubi enim nolunt, §. quib. §. ſed videndum eſt, verſ. ſed ipſe ſibi, ff. de ſucceſſ. edict. l. 1. & 2. C. d. t. §. placebat, Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.*

Quòd ſi defuncto neque fratres aut ſorores erunt, neque horum fi- 48
lii aut filiæ, tùm cæteris cognatis ejus hereditas defertur; & quidem

gradu proximis, exclusis inferioribus, qui ne quidem in locum parentis sui succedunt: & si plures sint ejusdem gradus cognati, licèt ex diversis stirpibus, omnes tamen in capita succedunt, non in stirpes.

Dict. Nov. 118. c 3. §. si verò neque fratres, Auth. post fratres fratrumq; filios, C. de legit. heredib.

49 Hinc avunculo priori, ut qui tertio est gradu, quàm consobrino, qui quartum occupat gradum, deferri successionem intestati, certi Iuris est.

l. Avunculo 6. C. commun de successionib.

50 Hinc item, si defuncto sit patruelis utrinque conjunctus, & alius patruelis per avum solum conjunctus, tùm patruelis illi duo æqualiter succedunt, *(a)* non obstante vinculi duplicitate: quæ attenditur duntaxat in casu, quo de fratris aut patrui hereditate agitur. *(b)*

a) *Per jura ad thesin præcedentem 48. posita.* & sentit ita post alios Hartman. Hartmanni ab Eppingen *dict. lib. pract. obs. t. 42. obs. 11.* & Nicol. de Vbaldis *in tract. de success. ab intestat. part. 3 num. 6. & 7.* (b) *dict. Nov. 118. c. 3. vers. Hujusmodi verò privilegium*, Hartman. Hartmanni ab Eppingen. *dict. tit. 42. observ. 10. & seq.* Donell. *dict. lib. 9. Commentar. cap 4. pag. 406.*

51 Hinc etiam si defunctus relinquat patruelem ex patruo suo utrinque conjuncto, & patruum per avum tantùm conjunctum, tunc patruus ille, ut gradu proximior, patrueli præfertur.

Per d. Novell. 118. c. 3 vers. si verò neque fratres, & d. Auth. post fratres fratrumq; filios, C. de legit. hered.

52 Sed quæritur, ad quem usque gradum cognati ad successionem defuncti admittantur? Et licet Dd. *(a)* putent, ultra decimum gradum non extendi hanc successionem: *(b)* arbitramur tamen cognatos etiam ultra eum gradum, & quidem in infinitum admitti, si de ipsorum cognatione constare possit. *(c)*

a) Inter quos etiam Iohan-Schneidevvin. *ad t. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. c. de tertio ordine succedendi, n. 38. & seq.* Gail *lib. 2. obs. 150.* Fortet. *lib. 8. de success. c. 9. concl. 5. n. 7.* Peregr. *lib. 4. de jur. fisci. t. 3. n. 3.* (b) §. *Hoc loco & illud, ibi, etsi decimo gradu sit, Inst. de success. cognator.* (c) §. *cæterùm, ibi, etiamsi longissimo gradu sint, Inst. de legit. agn. success. & §. ult. ibi, etiamsi longissimo gradu sit*, ubi Eguinar. Baro, *Inst. de serv. cogn. d. Nov. 118. c. 3. §. si verò, ibi, omnes deinceps à latere cognatos, & cap. 4. ibi, & omnes*, Wesemb. *ad §. ult. num. 4. Inst. de success. cognator.* Donell. *lib. 9. Comment. c. 4. p. 408.* vide tract. meum. *de regal. c. 3 num. 30.* Arum. *æ. exercit. Iustin. 11. thes. 13.* Treutl. *vol. 2. disp. 16. thes. 5. lit. H.* ubi Bachov. *p. 1061. & seq.* Hancque sententiam in feudis etiam locum habere tradunt. Fachinæ.

chinæ. *lib. 7. controv. 27.* Hartman. Pistor. *lib. 2. part. 2. quæst. 19. num. 26. & seqq.*

Est & illud hîc notandum, quòd si cognati alicujus ordinis, quibus 53
Iure proximitatis hereditas defuncti delata est, spreverint hereditatem, aut antequam adirent eam, decesserint, tùm reliquos inferioris ordinis cognatos proximi gradus admitti, & in deficientium locum succedere, etiamsi confestim tempore mortis cognati defuncti hereditas illis delata non fuerit.

l. 1. §. Quibus, & §. seq. ff. de succeff. edict. & 1. eod. t. C. de succeff edict. & §. placebat, Inst. de legit. agnat. succeff.

Similiter si alicujus ordinis plures fuerint cognati, & unus eorum, 54
qui non habet liberos, repudiet partem hereditatis, eam cæteris pro rata cedere & adcrescere.

l. Vn. C. quando non peten. part. adcresc.

De successione cognatorum hactenus: sequitur de extraneorum 55
successione, quales sunt tùm patroni & conjuges, tùm consortes & fiscus.

Si libertus, qui liberos non habet, moriatur intestatus, tùm patro- 56
nus ad omnem ejus substantiam admittitur. Facto autem per libertum testamento, sive liberos non relinquat, sive relinquat quidem, verùm incapaces, & amplius centum aureis patrimonium habeat, tertia substantiæ pars absque omni onere ad patronum pertinet.

§. Sed nostra. 3. Inst. de succeff. libert. & pr. vers. hos enim liberos. Inst. de servil cognatione.

Si tamen dominus acceptis numis manumisit servum, cessat hæc pa- 57
troni successio: *(a)* ut & si patronus post mortem liberti elegit donum, munus, operas defuncto impositas. *(b)*

a) *l. Vn §. illud etiam, C. de Latin. libert. toll & l. qui numis, C. de oper. libertor.* (b) *l. sicut ff. de iur. patronat. l. 2. C. de bonor. possess. contr. tab. liber.*

Post cognatos & patronos, legitima conjugis hereditas ob conjun- 58
ctionem matrimonii arctissimam, defertur conjugi superstiti. *(a)* si justum fuerit matrimonium, & nullo divortio interveniente vir aut uxor decessit, *(b)* etiamsi clericus defunctus fuerit. *(c)*

a) *l. Vn. C unde vir. & uxor.* (b) *l. un. ff. d. t.* (c) *l. si quis presbyter. 20. C. de Episc. & Cler.* Coler. *t. decis. 61.* Sed Iure Wirtembergico conjunx superstes in certa portione succedit defuncto, etiamsi cognatos hic relinquat. Fürstl. Württemb. Landrecht. *part. 4. titul. 5.* Vbi multa notatu digna habet Dn. D. Besold. *disput. 4. ad Stat. Wirttemb. thes. 14. & seqq.* Æquissimum enim esse videtur, cum inter conjuges omnis vi-

tæ consortium sit, ac divini & humani juris communio. *l. 1. ff. de ritu nupt.* ut propter tale vitæ consortium nullis aliis existentibus hæredibus fisco prælati, ab intestato invicem succedant. At quid dicendum si conjuges sibi invicem etiam sanguine juncti sint, id quod sæpius accidit, in casibus à jure permissis? Et hoc casu vocantur quidem, attamen non ut conjuges sed tanquam cognati, dummodo gradu alios præcedant. Rittershus. *ad Nov. Iustin. part 7. c. 16. num. 4.* Quid verò si statutum certam uxori assignet partem de bonis mariti, an ille per testamentum uxori eam auferre possit? Nego. *argum. l. omnimodo. 30. C. de inoff. testam.* adde Corneum *consil. 4. col. 2. & 3. vol. 4.* Borcholt. *de gradib. & de succes. conjug. pag. 256. & seq.* Cothman *cons. 74. num. 59. & seqq.* Matth. Coler. *consil. 21. num. 17. 18 43. & seq. vol. 1.* Berlich. *part 3. concl. 9. numer. 3. 10. & seqq.* Sed an sponsa succedat sponso deficientibus hæredibus exclusō fisco? Affirmativa rationabilis est. Rationes proponit Dn. D. Besold *in Oiconom. tit. 5. & 6. lib. 1. ff numer. 9. fol. 186. & in discurs de nupt. c. 6. num. 9. p. 28.* Berlich. *part. 3. concl. 25. num. 5.* Treutl. *vol. 2. disput. 16. lit. A.* ubi Bachov. *p. 1063.* & Hunn. *quæst. 45.* Licet contrarium Iure Wurttembergico sit cautum. *part. 4. tit. 2. p. 431. ibi* allberett zum Ehelichen beylager kommen. Idem Iure Saxonico *lib. 1. art. 45. & lib. 3. art. 25.* provisum.

59 Conjugibus proximi sunt consortes: Decurioni enim succedit curia, (a) naviculario corpus naviculariorum, (b) militanti in legatione, aut vexillatione comitatensi vel cuneo, succedit legio, cuneus, vexillatio, (c) cohortali cohortales, (d) fabricensi collegium fabricensium, (e) Clerico & Monacho Ecclesia vel monasterium. (f) Et si princeps quibusdam quid communiter dederit, eorum alicuo sine herede decedente, ad consortem pars illius pertinet. (g)

a) *l. 4. C. de hered Decur. navic.* (b) *l. 1. C. d. t.* (c) *l. si quis. 6. §. Ejus qui, 7. vers Quam distinctionem, ff. de injust. rupt. irrit fact. testam. l. 2. ff de veteran & milit. succes. l. 2. C. de hered decur.* (d) *l. 3. C. de heredit. decur.* (e) *l. fin. C. d. t.* (f) *d. l. si quis presbyter 20. C. de Episcop. & Cler.* (g) *l un. C. si liberal. Imper. soc. sine hered decess. lib. 10. gl. in l. un. C. unde vir. & uxor.* vide me *in tr. de regalib. c. 3. n. 29.*

60 Quòd si neque cognatus, neque patronus, neque conjunx, neque consors erit, qui defuncti hereditatem adeat, tùm jure publico bona illius, ut vacantia, fisco deferuntur, (a) exclusis affinibus, (b) nutritoribus, (c) & civitate defuncti. (d)

a) *l. 1. In pr. ff. de succcess. edict. l. 1. l. 4. C. de bon. vacantibus lib. 10.* (b) *l. affinitatis 7. l. vitrico 3. C. commun. de succes.* (c) *l. nutribus, 10. C. d. tit.* (d) *d. l. 1. C. de bon. vacant. libr. 10.* Regner. Sixtin. *de regal. lib. 2. cap. 9.*

c. 9. num. 3. & ſeqq. Arniſæus *de jur. Majeſtat. lib. 3. c. 6. n. 18.* Dn. Rümelin. *part. 3. ad Aur. Bull. diſſ. 3. th. 29.*

Interdum tamen præfertur fiſcus quibuſdam etiam cognatis, ut ſi 61
defunctus capite ſit damnatus; tùm enim ipſius defuncti deſcendentes quidem & adſcendentes, uſque ad tertium gradum ei ſuccedunt, cæteris verò cognatis fiſcus præfertur: *(a)* qui etiam ipſis liberis & parentibus anteponitur, ſi condemnatus ſit eorum parens perduellionis crimine, *(b)* vel hæreſis. *(c)*

a) *Nov. 134. c. ult. & l. 2. & t. t. C. de bon. præſcriptor.* ubi Cujac. *in Parat. fac. l. un. in pr. verſ. Et cùm lex Papia, ibi, ſolis parentibus & liberis teſtatoris uſque ad tertium gradum, C. de caduc. tollend.* Hæreditas tamen quæ filiis reorum perduellionis deferuntur, non fiſco ſed hæredibus proximioribus, ab inteſtato venientibus applicatur. Menoch. *conſil. 275. num. 26. lib. 3.* Peregr. *lib. 3. de jur. fiſci. tit. 9. n. 1.* Fachinæ. *lib. 9. controv. c. 36.* Wehner. *conſ. Francon. 100.* varias autem cauſas ob quas bona alicui auferuntur & fiſco applicantur refert Sixtin. *de regalib. cap. 12.* (b) *Novell. 134. c. ult. in fin. l. 5. C. ad leg. Iul. Majeſt.* vide Robert. *lib. 2. ſentent. Iur. c. 22.* (c) *l. 4. C. de hæret. c. accuſatus. §. in eo, d. t. in 6.*

Tranſit autem ad fiſcum vacans hereditas cum ſuo onere: verùm 62
pro viribus tantùm rerum hereditariarum.

a) *l. 1. §. An bona, l. non poſſunt 11. ff. de Iur. fiſci. l. mulier bona 72. ff. de Iur. dot.* Fachinæ. *lib. 6. controv. c. 2.* bona ſiquidem agnovit non hæreditatem. Zaſius. *lib. 2. conſ. 17.*

Sed utrùm fiſcus, ſuccedens in bona vacantia, teneatur legata & fi- 63
deicommiſſa teſtamento vel codicillis relicta præſtare, quæſtionis eſt? Nos affirmantium partes ſequimur.

Per l. quidam teſtamento. 96. §. quoties, ff. de Legat. 1. l. recuſare. 6. §. ſi fiſco, ff. ad SC. Trebell. l. cum fiſco. 9. ff. de SC. Silan. l. dicitur. 14. ff. de Iur. fiſci, l. un. §. pen. ubi gl. *in verb. pepercimus, C. de caduc. toll.* vide Fachinæ. *lib. 6. controv. Iur. c. 22.* vide me *de regalib. c. 3. num. 37.* Adam Keller. *de jure ſucced. ab inteſtat. t. 28. num. 8.* Peregr. *de jure fiſci. lib. 4. t. 3. n. 26. ubi diſſentit.*

Si defunctus extremo ſuo judicio ſervis libertates dederit, & nemi- 64
ne ſucceſſore ab inteſtato exiſtente, unus ex his ſervis, libertatum illarum conſervandarum cauſa adeat magiſtratum, cujus de ea re notio eſt, & deſideret ſibi defuncti hereditatem addici; niſi fiſcus paratus ſit ita ſuſcipere ea bona, cautum eſt jure, audiendum eum, ſi idoneè creditoribus caverit de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo.

Tot. t. Inſt. de eo, cui libert. cauſa bona addic.

Neceſſe tamen eſt, ut fiſcus intra quadriennium bona vacantia 65

bus 8. & l. ult. C. d. t. Marant. ad l. si potest. 18. num. 219. & seqq ff. de acquir. vel omitt. hared.

32 Si quoque turpem & luxuriosam vitam elegerit mater, non succedit in filii defuncti hereditatem.

l. Vlt. C. quando mulier tutel. off. fungi poss. Andr. Gail. libr. 2. observat. pract. dict. observat. 98. num. 15. Forster. dict. tractat. libr. 7. capit. 19. ubi eleganter.

33 Non solùm autem naturales parentes liberis suis succedunt, sed & adoptivi parentes liberis suis adoptivis, quos in potestate habuerunt, non etiam extraneis adoptatis: (a) neque liberis arrogatis, si hi intra pubertatem decesserint. (b)

a) §. Sed hodie, 2. ubi Wesembec. Instit. de adoptionib. l. penult. §. si verò C. d. t. (b) §. cùm autem, ubi gloss. in verb. venturi, Instit. d. tit. d. l. pen. §. fin. & ubi gloss. C. eod. Forster. in tractat. de success. ab intest. libr. 7. cap 18. num. 4. & aliquot. seqq. Schneidewein. hic in secundo ordin. succedend. num. 39.

34 Liberis autem per oblationem curiæ legitimatis lex patrem duntaxat in quadrantem succedere voluit.

Novell. 89. cap. 5. Ergo sciendum, vers. si verò etiam generaliter. Forster. dict. lib. 7. cap. 19.

35 Sed spuriis liberis parentes ut mater & avus maternus plenè succedunt, cùm illi his succedant.

l. Si spurius. 4. ff. unde cognati. l. non ideò minus ff. dict. titul. Auth. ex complexu, C de incest. nupt. Sunt enim reciprocæ successiones. De Spuriis, an succedant consanguineis matris suæ, vide Didac. Covarruv. de sponsalib. cap. 8. 2. Relect. §. 5. num. ult. Et de spuriorum successione. Coler. lib. 1. decis. 45.

36 Quod si defuncto neque liberi, neque parentes fuerint, tum cognatis transversi ordinis hereditatem defuncti lex defert; (a) non solùm masculis, sed & fœminis: neque solùm agnatis, sed & cognatis, licèt sint emancipati. (b)

a) Novell. 118. cap. 3. si igitur defunctus. Novell. 127. cap. 1. Auth. cessante C. de legit. hered. (b) dict. Novell. 118. cap. 4. Nullam verò volumus, & Auth. post fratres, C. de legit. hered. Fürstl. Würtemb. New Landtrechts part. 4. tit. 21. pag. 502. vide Berlichium part. 3. practic. conclus. 24. numer. 38. & seqq. Forster. lib. 8. de success. cap. 1. & 2.

37 Certus autem ordo etiam his cognatis præscriptus est. Primò enim lex vocat ad defuncti hereditatem ejus fratres & sorores, utpote ipsi defuncto cognatos proximos; non quidem indistinctè omnes, sed utroque tantùm parente defuncto conjunctos, exclusis illis fratribus & sororibus,

bus, & horum liberis, qui per patrem tantum, aut solùm per matrem defuncto conjunguntur, *(a)* etiam jure Würtembergico.

a) *Novell. 118. cap. 3. in princ. & Novell. 127. cap. 1. vers. Hoc verò sancimus. Auth. post fratres autem, Cod. de legit. hered.* Modestin. Pistor. *consil. 25. num. 24. volum. 1.* Matthias Coler. *decis.* German. *48. num 1. part. 1.* Schneidew. *hic. cap. de tertio ordin. succedend. num. 3. & 11.*

Quòd si casu eodem, cum his fratribus & sororibus concurrant de- 38
functorum fratrum vel sororum utrinque junctorum filii aut filiæ, tùm hi cum illis, patruis suis & avunculis, in stirpes, id est, ita admittuntur, ut parentum suorum præmortuorum portionem capiant.

Novell. 118. capit. 3. vers. Si autem defuncto & Novell 127. capit. 1. Auth. cessante, C. de legit. hered. Consonat jus Würtembergicum. *part. 4. tit. 21. fol. 507. & seq.* §. Wann aber der Abgestorben.

Si defunctus nullos hujus conditionis fratres aut sorores relinquat, 39
sed tantùm filios & filias ipsorum, & præter hos etiam fratres & sorores altero tantùm parente conjunctos, tùm filii illi & filiæ fratrum aut sororum utrinque defuncto conjunctorum, præferuntur defuncti fratribus & sororibus, uno tantùm parente conjunctis, ut & horum liberis; sicuti parens eorum præferretur, si viveret, *(a)* etiam lure Würtembergico. *(b)*

a) *Dict. Novell. 118. cap. 3. unde consequens, Auth. cessante, C de legit. heredib.* Nicol. de Vbaldis *in tractat. de success. ab intestato part. 3 num. 4.* Hartmau. Hartmanni ab Eppingen *lib. pract. observ. tit 42. observ. 10.* Iohan Schneidew. *ad titul. Instit. de hered quæ ab intest. defer. cap. de tertio ordine succedendi, numer. 16.* Donell. *libr. 9. Commentar. cap. 4. pag. 484. lin. 45. & seq.* (b) *dict. part. 4. tit. 21.* Coler. *lib. 1. decis. 49.*

Defuncto autem si fuerit præmortui fratris aut sororis utroque pa- 40
rente conjuncti conjunctævé filius aut filia, & alterius prædefuncti fratris aut sororis ejusdem conditionis nepos aut neptis, tunc filius ille aut filia huic nepoti vel nepti præfertur.

Per text. in Novell. 118. cap. 3. vers Hujusmodi verò, & vers. Si verò neque fratres. Hartman. Hartmanni ab Eppingen, *dict. observ. 10. vers. Similiter etiam.*

Quòd si defuncto non sit frater aut soror utroque parente conjun- 41
ctus conjunctavé; horum filius aut filia, sed tantum frater aut soror altero tantùm parente, patre vel matre, conjuncti; tum hi ante omnes cæteros cognatos ad defuncti hereditatem admittuntur, & cum his, defuncti ejusdem conditionis fratris vel sororis filii & filiæ in stirpes.

d. Novell. 118. cap. 3. vers. His autem non existentibus, & Auth. post fratres autem, Cod. de legit. hered. Consonat Ius Wirtemberg. Coler. *libr. 1. decis. 51.*

42 Hinc si defunctus relinquat præmortui fratris aut sororis utrinque conjuncti conjunctævé nepotem aut neptem, & fratrem aut sororem altero tantum parente conjunctum, conjunctamvé, tum frater hic aut soror nepoti aut nepti illi jure communi præfertur.

Dict. Novell. 118. cap 3. vers. Hujusmodi, & vers. Si verò ne fratres, & Auth. post fratres frátrumq; C de legit. hered.

43 Si quoque defuncto aut defunctæ sit præmortui fratris aut sororis ex uno vel utroque parente conjunctorum filius aut filia, itemque patruus aut avunculus, tum hic ab illo illavé excluditur. Idem quoque de amita & matertera defuncti defunctævé dicimus.

Auth post fratres autem, ubi gloss. C. *de legit. hered.* Schneid. *ad tit. Inst. de hered. quæ ab intest. defer cap. de tertio ord. succed. n. 18*

44 Quod si defuncto plures sint ex altero tantum parente fratres & sorores, quorum aliqui conjungantur per patrem, aliqui per matrem, & defuncto fuerint etiam bona materna aut paterna, aut utraque, tum singula reddenda ei stirpi, unde profecta sunt; ut ad bona paterna soli vocentur fratres & sorores, per patrem conjuncti, ad bona materna soli qui per matrem conjunguntur.

l. de emancipatis. 13. §. ult. ibi exceptis maternis rebus, Cod de legit. hered. Novell. 84. cap. 1. ubi gl. & Cujac. gl. & Dd. *in Auth. Itaque. Cod. de commun. de succeff.* Angel. *in verb amotis num. 1. in §. Repetitis, Inst de servil. cogn.* Idem Angel. *in §. si plures, numer 3 & 5. Instit. de legit. agnator. succeff.* Didac. Covarruv. *Tract de succeff ab intestat. concluf. 8* Modestin. Pistor. *consil. 31. quæst. 3. num. 39. 43. & seqq. vol. 1.* Matth. Berlich. *part 3. concluf. practic. 20. num. 4. & seqq.* Treutler. *vol. 2. disput. 16. thes 5. lit. C.* Hartman. Hartman. *lib. 2. pract. obs. tit. 43. obs. 3. n. 13.* Schurpff. *cent. 3. cons. 91. n. 4.* Grassus *q. 32. n. 1.* Donell. *lib. 9. Comment. c 4 p. 405.* Forster. *Tractat. de succeff lib 8. cap. 8. num 3* Schneid. *Instit. de succeff ab intestat. Rubr. de tertio ordine succed. collateral. n. 21.* At quidam dissentiunt, inter quos Nicol. Varenbuler. *consil. 16. int. consil. Altorffin.* & contrarium videtur statutum in Fürstl. Würtemberg. Landrecht / *dict. part. 4. tit. 21. §.* Solte damit / *ibi* ohne vnderschied / die Güter seyen vom Vatter oder Mutter auff den verstorbnen kommen / *fol. 509.*

45 Non solùm autem fratres & sorores legitimè nati, sed & per subsequens matrimonium, *(a)* aut Principis, vel Papæ rescriptum, *(b)* non etiam per oblationem Curiæ *(c)* legitimati; Item adoptivi, si non ab extraneo sint adoptati, defuncto fratri aut sorori, quibus sunt agnati, *(d)* succedunt: ut & naturales & spurii suo fratri & sorori uterinis. *(e)*

a) *Cap. 1.*

a) *Cap. 1. c. tanta, qui filii sint legit.* (b) *c. per venerabilem. 13. d. t. Novell. 74. c. 2. ibi, nihil à legitimis filiis differentes, & Novell. 89. c. 9. in fin. ibi, nihil à legitimis filiis Specul. t. de succeff. ab inteft. num. 21.* Molinæ. *poft alios ad conſuetud.* Pariſ. *t 1. §. 8 num. 42. p. 203 col. 1.* Borcholt. *de feud. c. 7. part 2. num 25.* Diſſentit Schneidevv. *ad d. t. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer. c. de tertio ordine ſuccedendi, num 37.* (c) *Nov. 89. cap. 4. Filium verò,* (d) *l. pen. C. de adopt.* Schneidevv. *c. de ſucceff. fratr. legitimator. tantùm,* (e) *§. vulgò quæſitos, verſ itaque. Inſtit de ſucceff cognator. l. 2. l. 4. ff. unde cognati.* Didac. Covarruv. *ad 4. lib. Decretal. part. 2. cap. 8. §. 5. num. ultim. Graff. quæſt. 29.* Iohan. Schneidevvin. *de ſucceff. fratr. natur.*

Si defuncto vel defunctæ nullus frater aut ſoror ſit, ſed tantùm duo- 46
rum aut plurium fratrum vel ſororum filii aut filiæ, tum hi patruo ſuo vel avunculo, amitæ aut materteræ non in ſtirpes, ſed in capita ſuccedunt, ſive Ius vetus Iuſtinianeum, *(a)* ſive Carolinam Conſtitutionem ſpectes. *(b)*

a) *l. 2 §. Hæc hereditas, 2. ff. de ſuis & legit. Nov. 118. c. 3. verſ. Hujuſmodi verò, junct. §. ſi verò neque fratres, §. hoc etiam addendum, 4. verſic. His etenim perſonis, Inſt. de legit. agnator. ſucceff.* Vlpian. *Inſtit. t. 26 de legitim. hered. §. agnatorum hereditates,* Cajus *lib. 2. Inſt. t. 8. §. Item ſi moriatur quis,* Hartmenop. *lib. 3. prompt. Iur. Civil. t. 8. de heredib.* Zaſ. *in intellect. ſing. c. 7. lib. 1. & in Epitom. Feudor part. 8 num. 18. & tom. 1. conſ. 4.* Donell. *lib. 9. Comment c. 4. p. 405. in fin. & p. ſeq.* Borcholt. *de feud. c. 7. num. 32* Theſaur *deciſ. 162* Fachinæ. *lib. 6. controv 3.* Vaudus *lib. 1. var. quæſt. 24.* Ludov. Molinæ. *tom. 1. de juſtit. & jur. tract 2. diſp. 146. n. 12. & ſeqq.* Berlich. *part. 3 pract. concl. 24. num 26.* Vbi idem Iure Saxonico eſſe proviſum aſſeritur adde Henning. Gœden. *conſ 68. num. fin.* (b) *promulgata Spiræ in comitiis, Anno 1529.* Idem eſt cautum ſtatuto Wirtembergico. *part 4. t. 2. fol. 506* §. So aber das abgeſtorben.

Hic quæri poteſt; an defuncti frater, qui multam habet prolem 47
repudiare poſſit fratris hereditatem in commodum ſuæ prolis, & damnum ac præjudicium filiorum fratris præmortui? Et quod non poſſit verius videtur.

Hartman. Hartmanni ab Eppingen *lib. obſ. pract. t. 42. obſ. 12.* Fachinæ. *lib. 6. controv. c. 83.* ſed obſtare videtur *l. quòd autem 6. in pr. & §§. ſeqq. ff. quæ in fraud creditor. l. 1. §. unus enim, §. qui ſemel, verſ. ubi enim nolunt, §. quib. §. ſed videndum eſt, verſ. ſed ipſe ſibi, ff. de ſucceff. edict. l. 1. & 2. C. d. t. §. placebat, Inſt. de legit. agnat. ſucceff.*

Quòd ſi defuncto neque fratres aut ſorores erunt, neque horum fi- 48
lii aut filiæ, tùm cæteris cognatis ejus hereditas defertur; & quidem

gradu proximis, exclusis inferioribus, qui ne quidem in locum parentis sui succedunt: & si plures sint ejusdem gradus cognati, licèt ex diversis stirpibus, omnes tamen in capita succedunt, non in stirpes.

Dict. Nov. 118. c. 3. §. si verò neque fratres, Auth. post fratres fratrumq; filios, C. de legit. heredib.

49 Hinc avunculo priori, ut qui tertio est gradu, quàm consobrino, qui quartum occupat gradum, deferri successionem intestati, certi Iuris est.

l. Avunculo 6. C. communia de successionib.

50 Hinc item, si defuncto sit patruelis utrinque conjunctus, & alius patruelis per avum solum conjunctus, tùm patruelis illi duo æqualiter succedunt, (a) non obstante vinculi duplicitate: quæ attenditur duntaxat in casu, quo de fratris aut patrui hereditate agitur. (b)

a) *Per jura ad thesin præcedentem 48. posita.* & sentit ita post alios Hartman. Hartmanni ab Eppingen *dict. lib. pract. obs. t. 42. obs. 11.* & Nicol. de Vbaldis *in tract. de success. ab intestat. part. 3 num. 6. & 7.* (b) *dict. Nov. 118. c. 3. vers. Hujusmodi verò privilegium*, Hartman. Hartmanni ab Eppingen. *dict. tit. 42. observ. 10. & seq.* Donell. *dict. lib. 9. Commentar. cap 4. pag. 406.*

51 Hinc etiam si defunctus relinquat patruelem ex patruo suo utrinque conjuncto, & patruum per avum tantùm conjunctum, tunc patruus ille, ut gradu proximior, patrueli præfertur.

Per d. Novell. 118. c. 3. vers. si verò neque fratres, & d. Auth. post fratres fratrumq; filios, C. de legit. hered.

52 Sed quæritur, ad quem usque gradum cognati ad successionem defuncti admittantur? Et licet Dd. (a) putent, ultra decimum gradum non extendi hanc successionem: (b) arbitramur tamen cognatos etiam ultra eum gradum, & quidem in infinitum admitti, si de ipsorum cognatione constare possit. (c)

a) Inter quos etiam Iohan-Schneidevvin. *ad t. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. c. de tertio ordine succedendi, n. 38. & seq.* Gail. *lib. 2. obs. 150.* Fortet. *lib. 8. de success. c. 9. concl. 5. n. 7.* Peregr. *lib. 4. de jur. fisci. t. 3. n. 3.* (b) §. *Hoc loco & illud, ibi, etsi decimo gradu sit, Inst de success. cognator.* (c) §. *cæterùm, ibi, etiamsi longissimo gradu sint, Inst. de legit. agn. success. & §. ult. ibi, etiamsi longissimo gradu sit*, ubi Eguinar. Baro, *Inst. de serv. cogn. d. Nov. 118. c. 3. §. si verò, ibi, omnes deinceps à latere cognatos, & cap. 4. ibi, & omnes*, Wesemb. *ad §. ult. num. 4. Inst. de success. cognator.* Donell. *lib. 9. Comment. c. 4. p. 408.* vide tract. meum. *de regal. c. 3 num 30.* Arum. *exercit. Iustin. 11. thes. 13.* Treutl. *vol. 2. disp. 16. thes. 5. lit. H.* ubi Bachov. *p 1061. & seq.* Hancque sententiam in feudis etiam locum habere tradunt. Fachinæ.

chinæ. *lib. 7. controv. 27.* Hartman. Pistor. *lib. 2. part. 2. quæst. 19. num. 26. & seqq.*

Est & illud hic notandum, quòd si cognati alicujus ordinis, quibus 53
Iure proximitatis hereditas defuncti delata est, spreverint hereditatem, aut antequam adirent eam, decesserint, tùm reliquos inferioris ordinis cognatos proximi gradus admitti, & in deficientium locum succedere, etiamsi confestim tempore mortis cognati defuncti hereditas illis delata non fuerit.

l. 1. §. Quibus, & §. seq. ff. de succeff. edict. & 1. eod. t. C. de succeff edict. & §. placebat, Inst. de legit. agnat. succeff.

Similiter si alicujus ordinis plures fuerint cognati, & unus eorum, 54
qui non habet liberos, repudiet partem hereditatis, eam cæteris pro rata cedere & adcrescere.

l. Vn. C. quando non peten. part. adcresc.

De successione cognatorum hactenus: sequitur de extraneorum 55
successione, quales sunt tùm patroni & conjuges, tùm consortes & fiscus.

Si libertus, qui liberos non habet, moriatur intestatus, tùm patro- 56
nus ad omnem ejus substantiam admittitur. Facto autem per libertum testamento, sive liberos non relinquat, sive relinquat quidem, verùm incapaces, & amplius centum aureis patrimonium habeat, tertia substantiæ pars absque omni onere ad patronum pertinet.

§. Sed nostra. 3. Inst. de succeff. libert. & pr. vers. hos enim liberos. Inst. de servil cognatione.

Si tamen dominus acceptis numis manumisit servum, cessat hæc pa- 57
troni successio: *(a)* ut & si patronus post mortem liberti elegit donum, munus, operas defuncto impositas. *(b)*

a) *l. Vn §. illud etiam, C. de Latin. libert. toll & l. qui numis. C. de oper. libertor.* (b) *l. sicut ff. de iur. patronat. l. 2. C. de bonor. possess. contr. tab. liber.*

Post cognatos & patronos, legitima conjugis hereditas ob conjun- 58
ctionem matrimonii arctissimam, defertur conjugi superstiti. *(a)* si justum fuerit matrimonium, & nullo divortio interveniente vir aut uxor decessit, *(b)* etiamsi clericus defunctus fuerit. *(c)*

a) *l. Vn. C unde vir. & uxor.* (b) *l. un. ff. d. t.* (c) *l. si quis presbyter. 20. C. de Episc. & Cler.* Coler. *t. decis. 61.* Sed Iure Wirtembergico conjunx superstes in certa portione succedit defuncto, etiamsi cognatos hic relinquat. Fürstl. Württemb. Landrecht. *part. 4. titul. 5.* Vbi multa notatu digna habet Dn. D. Besold. *disput. 4. ad Stat. Württemb. thes. 14. & seqq.* Æquissimum enim esse videtur, cum inter conjuges omnis vi-

tæ consortium sit, ac divini & humani juris communio. *l. 1. ff. de ritu nupt.* ut propter tale vitæ consortium nullis aliis existentibus hæredibus fisco prælati, ab intestato invicem succedant. At quid dicendum si conjuges sibi invicem etiam sanguine juncti sint, id quod sæpius accidit, in casibus à jure permissis? Et hoc casu vocantur quidem, attamen non ut conjuges sed tanquam cognati, dummodo gradu alios præcedant. Rittershus. *ad Nov Justin. part 7. c. 16. num. 4.* Quid verò si statutum certam uxori assignet partem de bonis mariti, an ille per testamentum uxori eam auferre possit? Nego. *argum. l. omnimodo. 30. C. de inoff. testam.* adde Corneum *consil. 4. col. 2. & 3. vol. 4.* Borcholt. *de gradib. t. de succeff. conjug. pag. 256. & seq.* Cothman *cons. 74. num. 59. & seqq.* Matth. Coler. *consil. 21. num. 17. 18 43. & seq. vol. 1.* Berlich. *part. 3. conclus. 9. numer. 3. 10. & seqq.* Sed an sponsa succedat sponso deficientibus hæredibus excluso fisco? Affirmativa rationabilis est. Rationes proponit Dn. D. Besold. *in Oiconom. tit. 5. & 6. lib. 1. ff numer. 9. fol. 186. & in discurs de nupt. c. 6. num. 9. p. 28.* Berlich. *part. 3. concl. 25. num. 5.* Treutl. *vol. 2. disput. 16. lit. A.* ubi Bachov. *p. 1063.* & Hunn. *quæst. 45.* Licet contrarium Iure Wurttembergico sit cautum. *part. 4. tit. 2. p. 431. ibi* allbereit zum Ehelichen beylager kommen. Idem Iure Saxonico *lib. 1. art. 45. & lib. 3. art. 25.* provisum.

59 Conjugibus proximi sunt consortes: Decurioni enim succedit curia, (*a*) naviculario corpus naviculariorum, (*b*) militanti in legatione, aut vexillatione comitatensi vel cuneo, succedit legio, cuneus, vexillatio, (*c*) cohortali cohortales, (*d*) fabricensi collegium fabricensium, (*e*) Clerico & Monacho Ecclesia vel monasterium. (*f*) Et si princeps quibusdam quid communiter dederit, eorum alicuo sine hærede decedente, ad consortem pars illius pertinet. (*g*)

a) *l. 4. C. de hered Decur. navic.* (b) *l. 1. C. d. t.* (c) *l. si quis. 6. §. Ejus qui, 7. vers. Quam distinctionem, ff. de injust. rupt. irrit fact. testam. l. 2. ff de veteran & milit. succeff. l. 2. C. de hered decur.* (d) *l. 3. C. de heredit. decur.* (e) *l. fin. C d. t.* (f) *d l. si quis presbyter 20. C. de Episcop. & Cler.* (g) *l. un. C. si liberal. Imper. loc. sine hered deceff. lib. 10. gl. in l. un. C. unde vir. & uxor.* vide me *in tr. de regalib. c. 3. n. 29.*

60 Quòd si neque cognatus, neque patronus, neque conjunx, neque consors erit, qui defuncti hereditatem adeat, tùm jure publico bona illius, ut vacantia, fisco deferuntur, (*a*) exclusis affinibus, (*b*) nutritoribus, (*c*) & civitate defuncti. (*d*)

a) *l. 1. In pr. ff. de succceff. edict. l. 1. l. 4 C. de bon. vacantibus lib. 10.* (b) *l. affinitatis 7. l. vitrico 3. C. commun. de succeff.* (c) *l. nutribus, 10. C. d. tit.* (d) *d. l. 1. C. de bon. vacant. libr. 10.* Regner. Sixtin. *de regal. lib. 2. cap. 9.*

c. 9. num. 3. & seqq. Arnisæus *de jur. Majestat. lib. 3. c. 6. n. 18.* Dn. Rümelin. *part. 3. ad Aur. Bull. diff. 3. th. 29.*

Interdum tamen præfertur fiscus quibusdam etiam cognatis, ut si defunctus capite sit damnatus; tùm enim ipsius defuncti descendentes quidem & adscendentes, usque ad tertium gradum ei succedunt, cæteris verò cognatis fiscus præfertur: *(a)* qui etiam ipsis liberis & parentibus anteponitur, si condemnatus sit eorum parens perduellionis crimine, *(b)* vel hæresis. *(c)* 61

a) *Nov. 134. c. ult. & l. 2. & t. t. C. de bon. proscriptor.* ubi Cujac. *in Parat. fac. l. un. in pr. vers. Et cùm lex Papia, ibi, solis parentibus & liberis testatoris usque ad tertium gradum, C. de caduc. tollend.* Hæreditas tamen quæ filiis reorum perduellionis deferuntur, non fisco sed hæredibus proximioribus, ab intestato venientibus applicatur. Menoch. *consil. 275. num. 26. lib. 3.* Peregr. *lib. 3. de jur. fisci. tit. 9. n. 1.* Fachinæ. *lib. 9. controv. c. 36.* Wehner. *conf. Francon. 100.* varias autem causas ob quas bona alicui auferuntur & fisco applicantur refert Sixtin. *de regalib. cap. 12.* (b) *Novell. 134. c. ult. in fin. l. 5. C. ad leg. Iul. Majest.* vide Robert. *lib. 2. sentent. Iur. c. 22.* (c) *l. 4. C. de heret. c. accusatus. §. in eo, d. t. in 6.*

Transit autem ad fiscum vacans hereditas cum suo onere: verùm pro viribus tantùm rerum hereditariarum. 62

a) *l. 1. §. An bona, l. non possunt 11. ff. de Iur. fisci. l. mulier bona 72. ff. de Iur. dot.* Fachinæ. *lib. 6. controv. c. 2.* bona siquidem agnovit non hæreditatem. Zasius. *lib. 2. conf. 17.*

Sed utrùm fiscus, succedens in bona vacantia, teneatur legata & fideicommissa testamento vel codicillis relicta præstare, quæstionis est? Nos affirmantium partes sequimur. 63

Per l. quidam testamento. 96. §. quoties, ff. de Legat. 1. l. recusare. 6. §. si fisco, ff. ad SC. Trebell. l. cum fisco. 9. ff. de SC. Silan. l. dicitur. 14. ff. de Iur. fisci, l. un. §. pen. ubi gl. *in verb. pepercimus, C. de caduc. toll.* vide Fachinæ. *lib. 6. controv. Iur. c. 22.* vide me *de regalib. c. 3. num. 37.* Adam Keller. *de jure succed. ab intestat. t. 28. num. 8.* Peregr. *de jure fisci. lib. 4. t. 3. n. 26. ubi dissentit.*

Si defunctus extremo suo judicio servis libertates dederit, & nemine successore ab intestato existente, unus ex his servis, libertatum illarum conservandarum causa adeat magistratum, cujus de ea re notio est, & desideret sibi defuncti hereditatem addici; nisi fiscus paratus sit ita suscipere ea bona, cautum est jure, audiendum eum, si idoneè creditoribus cavecit de solido, quod cuique debetur, solvendo. 64

Tot. t. Inst. de eo, cui libert. causa bona addic.

Necesse tamen est, ut fiscus intra quadriennium bona vacantia 65

agnoscat : aliâs bonorum possessor adversus fiscum se tueri potest.

l. 1. Vbi Dd. & l. pen. C. de bon. vacant. l. ergo. 4. §. eadem. 17. ff. de fideicommiss. libert. l. 1. §. Divus Pius. ff. de jure fisci. Borcholt. *de gradib. t. de succes. fisci. p. 261.*

66 An tutor in pupilli mortui bonis vacantibus succedat, excluso fisco? quæstionis est controversæ : Negativam ceu veriorem sequor.

Sola enim lege, hæreditas defertur legitima, nec ulli datur, nisi cui lex nominatim illam tribuit. *l. 1. l. 3. ff. de petit. hæredit. l. vitrico. 3. d. l. nutritoribus. 10. C. commun. de succes.* Quod nullibi legibus est provisum. vide me *de regalib. c. 3. num 31.* Treutl. *vol. 2. disp. 16. thes. 1. lit. F.* Matth. Stephani *cent. 3. quæst. 13. lit. A. in fin.* Tyraq. *in tract. mort. sui sit le vif. part. 2. declarat. 15. numer. 4. & 5.* Licet affirment quidam Dd. *ad l. unic. C. unde vir. & uxor.* & distinguant Cavalcan. *de tutor. numer. 336.* & Peregrin. *lib. 4. de jur. fisci. titul. 3. num. 18. in fin.*

Clas. III. Disput. XI.

DE ADQVIRENDA vel amittenda hereditate.

THESIS I.

1 DE modis deferendæ hereditatis hactenus disseruimus: Nunc de ipsa delatæ hereditatis adquisitione, & omissione dispiciemus.

Vide thesin 5. 6. 7. 8. & 9. Disp. 1. hujus Classis 3. Non potest adquiri hereditas, nisi priùs testamento, vel lege ab intestato delata sit *l. licet 8. l. si curatoris 9. C. de jure delib. l. delata hereditas 51. ff. de verb. sig.* Delationem ergò hereditatis sequitur ejus adquisitio, vel omissio, Duar. *ad tit. ff. de adquir. vel omitt. hæredit. c. 2.* & Donell. *lib. 7. Comment. c. 1. & lib. 9. c. 4. in fin. p. 409.*

2 Adquisitio hereditatis est actus, *(a)* quo heres delatam sibi hereditã-

Digitized by Google

ditatem agnoſcit, (b) amplectitur, (c) admittit, (d) ſive ſuſcipit; (e) eaque eſt quaſi contractus. (f)

a) Per actum intelligimus non modò factum aliquod externum, ſed & voluntarium ſolis verbis declaratum, *l. Labeo libro primo. 19. ff. de verb. ſign. §. item extraneus, verſ. pro herede, Inſtit. de hered. qualit. & diff.* (b) *l. 1. l. 2. C. de jure delib. l. gerit. 38. ff. de adquir. hered.* (c) *l. quæſitum, 40. in fin. ff. de adquir. hered. l. ſi libertus patrono 41. in fin. de bon. lib.* (d) *l. 6. §. 3. ff. de adquir. hered. l. quidam, in fin. l. ult. §. fin autem, C. de jure delib.* (e) *l. cum bonis 87. de adquir. hered. §. item extraneus, ibi, ſuſcipienda hereditatis, Inſt. de hered. qualit. & differ.* (f) *vide fundamenta appoſita theſi 2. Diſputationis 1. hujus Claſſis 3. ſub lit. a. quib. adde l. ult. §. cùm igitur; C. de jure delib.* & Ius Würtemb. *part. 3. p. 302. in pr.*

In hac autem ſpectamus: tum ejus ſpecies: tum effectum illius. 3

Species adquiſitionis hereditatis duæ ſunt: alia eſt neceſſaria hereditatis adquiſitio, alia voluntaria. 4

Arg. l. qui putat 15. & l. ſeq. de adquirend. hered. Sic jusjurandum eſt neceſſarium, vel voluntarium, *Rnb. de jurejurand. ſive volunt. ſive neceſſ.*

Necessaria Hereditatis Adquisitio Est, 5 qua ſervus à teſtatore domino ſuo heres inſtitutus, & manumiſſus hereditatem domini neceſſariò ſuſcipit: undè neceſſarius heres dicitur ſervus, qui nolit, velit hereditatem domini teſtamento cum libertate ſibi delatam, ſi ex eodem teſtamento liber fiat, adire cogitur.

§. 1. Inſt. de hered. qualit. & diff. §. ſervus autem. 1. Inſt. de hered inſtit. §. 1. Inſtitut. quib. ex cauſ. manumitt. non licet, l. ſi ſervo 84. l. teſtamento 90. ff. d. t. de hæredib. inſt. l. ſi ſervum quis 71. in pr. §. 1. & 2. l. neceſſarius 57. §. ult. & l. ſeq. de adquir. hered. Cauſa inſtituendi ſervum neceſſarium heredem exponitur *in d. §. 1. Inſt. quib. ex cauſ. manumitt.* & à Cujac. *lib. 17. obſ. c. 40.*

Voluntaria Hereditatis Acquisitio Est, 6 qua heres ſua ſponte, non invitus hereditatem ſibi delatam ſuſcipit: undè hujuſmodi heres appellatur heres voluntarius; qualis eſt tum ſuus heres, tum heres extraneus.

Inſt. de hered. qualit. & diff. in pr. & §. ſui autem, 2. & §. ceteri, 3. & §. in extraneis. Suus heres ex jure quidem civili etiam neceſſarius eſt heres, ſed ex jure prætorio eſt heres voluntarius *d. §. ſui autem, verſ. ſed hi prætor. Inſt. d. t. & l. neceſſarius 57. ff. de adquir. hered. l. Nam nec 89. ff. de leg. 1. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, ff. ſi quis omiſſa cauſ. teſtam.* vide me *ad tit. Inſtitut. de hered. qualitat. & different. d. §. ſui autem. 2. numer. 8. & ſeqq. pag. 644.*

7 Suus Heres dicitur is heres, qui ex liberis defuncti, & in ejus potestate mortis tempore fuit, ac primum liberorum gradum, delatæ hereditatis tempore, obtinuit; (a) ita dictus, quod domesticus; id est, quasi propriorum bonorum est heres; siquidem vivo quoque parente bonorum ipsius quodammodo dominus existimetur. (b)

a) Cujac. *in tract. ad African. 4. in explic. l. si filius 16. ff. de lib. & postum. mihi, p. 123.* Donell. *lib. 7. Comment. c. 2. in pr.* Defertur autem hereditas ex testamento, pura, à morte testatoris: conditionalis, cùm conditio institutioni adjecta existit. Ab intestato defertur à morte defuncti intestati, vel destituto testamento. Cujac. *ad l. sub conditione, ff. de liber. & postum.* (b) *§. sed sui quidem heredes, Inst. de hered. qualit. & l. in suis 11. ff. de liber. & postum.* Donell. *d. c. 2. pagin. 115. vers. quid sit necessarium, & p. 118. vers. his verò emendatum.* Vide quoque Alciatum *lib. 2. parerg. c. 15.* & Mynsing. *cent. 4. observ. 25.* & Vasq. *de success creat. §. 19. num. 18. & seqq.*

8 Hinc suus heres hereditati se immiscere dicitur, quando suscipit defuncti patris hereditatem. (a) Item dicitur ipso jure heres existere, non adire hereditatem. (b) Unde licèt ignoret parentem suum defunctum, aut se ei heredem esse, nihilominùs tamen heres est. (c) Neque hic in adquirenda hereditate suo heredi pupillo, & furioso opus est authoritate tutoris, vel curatoris assensu. (d)

a) *l. Licet 8. l. si te bonis 10. l. ult. §. sin autem dubius, ibi, vel se immiscat, C. de jure delib. l. etsi 14. §. plerique, ff. de relig. & sumptib. fun. l. 1. C. si minor ab hered. se abst. l. eum bonis 87. de adquir. hered.* (b) *l in suis 14. ff. de suis & legit. d. l. si filius 16. ibi, filius intestato patri heres existat. de lib. & postum.* (c) *l. cùm quidam 30 §. suum, de adquir. vel omitt. hered. l. licet. 8. Cod. de jure delib.* Donell. *d. lib. 7. cap. 2. pag. 117. lin. 41. & seqq.* (d) *§. sui autem heredes fiunt. 2. Institut. de hereditatibus, quæ ab intestat. d.*

9 Etiamsi igitur suus heres decesserit, antequam sciret se heredem esse, patris tamen hereditatem ad quosvis heredes, etiam extraneos, transmittit.

l. 3. C. de jure delib. & l. un. §. in novissimo autem, vers. hereditatem etenim, C. de cad. toll.

10 Possessionem tamen suus heres absque ejus apprehensione non adquirit.

l. 11. §. Scævolæ, ff. si is qui testam. lib. esse juss. l. cùm heredes 23. l. 30. §. 5. ff. de adquir. vel amittend poss. Tyraq. *in tract. le mort. saisit, in 3. declarat. præfat. num. 6.* Roland. à Val. *consil. 46. num. 26. & seqq. vol. 2.* And. Gail. *lib. 2. obs. pract. obs. 129.* Viglius *ad §. sui autem num. 5. Inst. de hered qua lis*

qualit. & differ. Cujac. *ad l. in ſuis 12. de lib. & poſtum* Iohan. Borcholt. *in Commentar. in t. ff. de adquir. vel amitt. poſſ. cap. 8. num. 26.* Gœddæus *ad l. nihil. 24. ff. de verb. ſignif. num 18. & ſeq.* Hunn. *lib 2. variar. reſolut. tract. 5 quæſt. 28.* Sed obſtare videtur *l. cùm miles 30. ff. ex quib. cauſ. major.* ad quam reſpondet Cujac. *dict. loco,* & Borcholt. *d. cap. 8. num. 27.* & diſſentit Coraſ *lib. 6. miſcell. cap. 12.* & Duar. *ad tit. ff. de liber. & poſtum. cap. 3.* Forſter. *lib. 2. de ſucceſſion. cap. 4. num. 17. & ſeqq.*

Sed in dubium vocatur, an ſuus heres præſumatur ſeſe immiſcuiſſe 11
hereditati, vel creditores defuncti parentis id probare teneantur? & poſterius nobis placet.

Per l. 1. C. ſi minor ab heredit. ſe abſtin. & l. ei qui 12. ff. de adquir. hereditat. Atque hæc eſt communis Dd. ſententia, ut oſtendit Tyraquellus *in tractat. le mort. ſaiſit le vif part. 7 declarat. 2 num. 2. & 8.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. præſumpt. 99. num. 4.* Idem ſentit Weſemb. ad Schneidevv. *tit. de hered. qualit. & differ. §. extranei, num. 10.* Idem Weſemb. *ad §. ſui autem, num. 6. Inſt. d. t.* Quando autem ipſe filius agit, & tractatur de ejus voluntate, & commodo, tunc præſumitur adiiſſe hereditatem, *l. 1 §. quiſunt in poteſtate, ff. ſi quis omiſſa cauſ. teſtam.* Tyraq. *d. loco, n. 8. in fin.* & Menoch. *d. præſumpt. 99. n. 5.*

Extraneus heres eſt, qui defuncti poteſtati ſubjectus non fuit aut ſi 12
fuit ei ſubjectus, non tamen primum liberorum gradum tempore delatæ hereditatis obtinuit.

§. Cæteri 3. ubi Dd. *Inſt. de hered. qualit. & diff.* Donell. *lib. 6. Comment. c. 5. in pr.*

In hoc herede ſpectamus tum ejus conditionem, ut acquirere poſſit 13
hereditatem: tum modum, quo hereditatem adquirit.

Conditionem illam extranei heredis quod attinet. Primò juris 14
authoritas requirit, ut in ea animus & voluntas ſit adquirendæ hereditatis: (a) unde etiam mutus, ut & ſurdus acquirere hereditatem poſſunt. (b) Infans, & furioſus ad acquirendam hereditatem inepti ſunt, (c) etiamſi tutoris authoritas, vel curatoris conſenſus acceſſerit. (d)

a) *l. Pro herede 20. in pr. ibi, non eſſe facti, quam animi, & §. 1. ibi, non animo heredis, item, ibi, ſi animo heredis, item, ibi, non hoc animo, l. ſi quis 21. in pr. l. gerit 88. ibi, qui animo agnoſcit, ff. de acquir. hered. l. ſi avia 6. ibi, ſola animi deſtinatione, C. de jure delib. §. item extraneus, verſ. pro herede, ibi, quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re, vel verbo de adeunda hereditate, & §. ſicut autem, ibi, nuda voluntate extraneus heres fit, & §. ultim. ibi, ſi tamen intelligit, quid agit, Inſt. de hered. qualit. & differ.* (b) *dict. §. ultim. Inſt. dict. t. & l. 5 ff. de adquir. hered.* (c) *l. pupillum 9. l. quiſervum 147. li*

furioſus 63. ff. dict. t. facit, §. pupillus, Inſt. de inutilib. ſtipulat. (d) *l. 3. ff. de authorit. tut. l. 5. in negotiis, ff. de reg. Iuris*; quæ lex eſt ejuſdem authoris ex eodem loco *cum d. l. pupillus 9. ff. de acquir. hered.* Quæ perſonæ hereditatem adquirere poſſint, vel non, vide quoque Duaren. *ad d. t. de acquir. hered. cap. 4.*

15 Infantis tamen nomine ejus pater, vel tutor hereditatem adquirere poteſt. [a] At impubes major infante ipſemet poteſt adquirere hereditatem, ſed conſentiente parente, ſub cujus eſt poteſtate; vel cum tutoris authoritate, aut ſi hos non habeat, ex prætoris decreto. [b]

a] *l. Si infante 18. in princ. & §. 1. & 2. C. de jure delib. l. ſervus 7. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ.* (b) *d. l. 18. §. ultim. C. dict. titul. d. l. in negotiis 5. ff. de reg. Iur. d. l. pupillus 9. & l. pupillum 49. ff. de acquir. hered. l. cum in una 17. §. 1. ff. de appellat.* Quod ad patris conſenſum adverſari videtur *l. ultim. §. 2. de verbor. oblig. §. 10. in fin. Inſt. de inutilib. ſtipulat.* Sed vide ibidem Donell. de prætoris decreto; vide quoque *l. bonorum, C. qui admitti ad bon. poſſ.*

16 Sed licèt etiam pubes minor conſenſu curatoris ſui hereditatem acquirat: [a] non tamen ipſi per curatorem hereditas adquiritur. [c] Vt nec furioſo per ejus curatorem, [c] neque pupillo per tutorem ipſius. [d]

a) *l. Cùm quedam. 26. C. de adminiſtr. tut. vel curat. l. ſi curatorem. 5. Cod. de in integr. reſtit. minor.* Iohan. Robert. Aurel. *lib. 1. animadverſ. Iur. cap. 12.* Donell. *lib. 7. Comment. cap. 9. pag. 147. lin. 15.* Cujac. tamen *ad l. puberes 101. ff. de verb. ſignif.* ſcribit, puberem adire hereditatem etiam ſine ſuo curatore, *per l. cum in una 17. §. 1. ff. de appellat.* Qui tamen locus eſt de curatore pupillo dato, cujus conſenſus in adeunda hereditate pupillo inutilis eſt, *gloſſ. in dict. l. pupillus, ff. de adquir. hered.* & ibid. Iaſon. *num. 4.* Idem Iaſon. *in l. potuit, numer. 4. Cod. de jur. delib.* Franciſc. de Caldas *in Comment. ad l. 3. C de reſtit. in integr. in verb. hunc contractum, num. 2.* Diſſentit Fachinæus. *lib. 6. controv. cap. 96.* (b) *l. per curatorem 90. ff. de adquir. hereditat.* (c) *l. ult. §. tali, 7. ibi, quatenus ſiquidem reſipuerit furioſus, & adquiſitorem admiſerit, ipſi reſtituantur, C. de curat. furioſi.* (d) *l. potuit 5. C. de jur. delib.* quia aditio eſt actus legitimus, ideo ejus voluntas eſt neceſſaria. vide tamen *infr. th. 32. in fin.* adde Treutl. *vol. 2. diſp. 12. th. 6.* ubi Bachov. *in notis.*

17 Quæritur de heredis procuratore; an hic ipſi heredi adquirere hereditatem poſſit? Iure veteri per procuratorem hereditas aditione adquiri non potuit, niſi procurator Cæſaris fuerit: [a] quippe cùm actus fuerit legitimus hereditatis aditio, [b] qui alieno nomine geri non poteſt. [c] At jure novo, [d] ex mandato heredis, ut geſtione pro here-

herede, [e] ſic & aditione procuratoris ipſi heredi adquiritur hereditas. [f]

a] *l. 1. §. ultim. ff. de off. procurat. Cæſar.* [b] *l. actus legitimi 77. ff. de reg. jur.* [c] *l. nemo alieno nomine 123. in princ. ff. dict. t.* [d] quo ſublata eſt ſcrupuloſa cretionum ſolennitas, *l. cretionum 17. C. de jur. delib.* ita, ut aditio hereditatis non ſit ampliùs actus legitimus. [e] Ea enim actus legitimus nunquam fuit, Cujac. *in lib. 1. q. Paul. p. 2. in explic. l. 88. ff. de acq. hæred. & lib. 1. obſ. c. 34.* [f] Eo ipſo enim quod mandat heres procuratori ſuo, ut adeat hereditatem, aut pro herede gerat, ſtatim declarat ſatis, ſe velle hereditatem ad ſe pertinere, quali declaratione unuſquiſque ſtatim heres efficitur, §. *item extraneus, verſ. pro herede, ibi, & quoquo modo voluntatem ſuam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hereditate, Inſt. de hered. qualit. & differ.* Hunn. *lib. 2. var. reſol. tr. 5. quæſt. 29.* Arumæ. *Exerc. Juſtin. 7. in Corollar.*

Qui autem in aliena poteſtate ſunt, ſervi, aut filiifamilias, juſſu ejus 18
adibunt, cujus ſunt in poteſtate. [a] Quòd ſi pater nolit conſentire filio, tum hic ſine illius conſenſu hereditatem adquirere poteſt: ut & pater hereditatem adire poteſt, ſi filius adire eam nolit.

a] *l. Qui in aliena. 6. l. ſi quis mihi 25. ff. de adquir. hered. & l. adquiruntur 10. §. 1. ff. de acquir. rer. dominio.* [b] *l. ult. in pr. verſ. ſancimus, & §. 1. C. de bon. quæ liber.*

Deinde in herede extraneo & hanc conditionem jura deſiderant, ut 19
certus ſit, hereditatem ſibi delatam eſſe, & ex qua cauſa ea ſit delata. Si enim dubitet heres teſtamento inſtitutus, habuerit teſtamenti factionem defunctus, nec ne, adquirere hereditatem non poterit.

l. Heres 32. §. ult. & l. ſed etſi 34. in pr. ff. de acquir. vel amitt. hered. §. item extraneus. 6. Inſt. de hered. qualit. & differ.

Si quoque dubitet heres falſum ſit teſtamentum, aut verum, non 20
poteſt hereditatem adeundo acquirere.

l. Nec is 17. l. cùm quidam 30. § ult. l. cùm falſum 46. l. eum qui 51. in princ. ff. d. t.

Neque acquirit hereditatem is, qui dubitat defunctus ſit, nec ne, 21
cujus hereditatem adire volet.

l. Qui hereditatem 19. l. heres inſtitutus 32. in pr. ff. dict. t. Praxis tamen docet, ſi diu abfuerit is, de cujus hereditate agitur, ita ut ignoretur, mortuus ſit ne, an vivat, admitti ad ejus bona illos, quibus ea defuncto abſente jure debentur, ſed ſub idonea cautione de bonis illis reſtituendis, ſi vivus redierit abſens.

Neque certus eſt delatam ſibi eſſe hereditatem, qui ignoret præ- 22
gnantem eſſe defuncti mulierem, nec ne.

l. Cum

l. Cum quidam 30. §. quod dicitur. 1. & §§. seqq. ff. de acquir. hered.

23 Si quoque dubitet heres purè, vel sub conditione institutus sit, non poterit acquirere hereditatem.

Dict. l. heres institutus 32. §. 1. ff. de acq. hered.

24 Hoc amplius (ut dixi) scire debet heres, qua ex causa delata sibi sit hereditas. Agnatus enim proximus justo testamento scriptus heres, si existimet intestato patremfam. mortuum, quamvis omnia pro herede, id est, pro domino fecerit, heres tamen non erit.

l. Si is ad quem 22. ff. de acq. vel omitt. hæredit.

25 Vt autem scire quis possit, ex testamento, vel ab intestato heres sit: & purè, vel sub conditione scriptus sit heres; valeat item testamentum, nec ne, idcirco utile & necesse erit, ante omnia aperiri testamentum, & inspici. Vnde quæritur, quas tabulas testamenti apertas esse oporteat: quis aperturam tabularum petere; & adversus quem hanc petitionem instituere possit? tùm quo juris remedio apertura testamenti petatur: Et quomodo tabulæ testamenti aperiantur.

Tot. t. ff. & C. quemadmod. testam. aper. vide *infra hac classe disput. 14. per tot.*

26 Ad primam quod attinet quæstionem, si in duobus exemplaribus æquè solennibus scriptum sit testamentum, unum apertum esse sufficit; *(a)* Si autem unum sit exemplar authenticum, alterum duntaxat exemplum, tùm authenticum aperiri oportet: exemplo aperto nihil agitur. *(b)*

a) *l. Si duob. 10. ff. quemadmodum testam. aper.* (b) *l. ult. ff. d. tit. d. disp. 14. th. 17.*

27 Omnes autem, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, hac in re prætor audit: *(a)* modò tamen ipsorum quodammodo intersit, & jurent non calumniæ causa se id postulare: *(b)* Et hanc petendi potestatem jura permittunt adversus eum, qui tabulas testamenti apud se esse non negat. *(c)*

a) *l. 1. Et l. 2. in pr. ff. dict. titul.* (b) *l. 3. C. quemadm. testam. aper.* (c) *l. 2. §. ult. ff. d. t.*

28 Iuris remedium, quo postulatur testamenti apertura, non est actio, sed extraordinaria persecutio; qua rogatus prætor, vel alius competens judex, id est, magistratus, adversarium testamentum proferre, & publicè illud recitari jubet. *(a)* Quòd si tamen neget adversarius, penes se esse testamentum, vel id quod ad causam testamenti pertinet, tùm interdicto de tabulis exhibendis tenetur in id, quod interest. *(b)*

a) *l. 1. In pr. l. 2. §. si dubitetur: & §. seq. §. utrum autem. l. 4. l. pupillares 8. ff. testam. quemadm. aper.* Duar. *ad d. t. c. 1. l. 2. l. 3. C. de quemadmod. testam. aper.* (b) *l. 1. §. 1. ff. de tab. exhib.*

Mo-

Modus aperiendi tabulas teſtamenti hic eſt; Tertio vel quinto die 29
à morte teſtatoris, (*a*) ipſæ tabulæ, coactis teſtibus omnibus, vel majore horum parte, & ſigillis recognitis, lino inciſo, reſignantur & recitantur, (*b*) publicè præſente magiſtratu. (*c*) Si non fuerit teſtium copia, præſentibus optimæ opinionis viris aperiuntur, (*d*) iiſque apertis inſpiciendi, deſcribendique ſit poteſtas eis, quorum res eſt. (*e*) Tùm deinde obſignantur ſigillo publico, & in archivum publicum deponuntur, ut ſi fortaſſe exemplum interciderit, ex archivo petatur. (*f*) Sed ſi in archivo civitatis tabulæ non deponantur, ſatis erit, vel priorum teſtium, vel eorum, qui illis abſentibus adfuerunt, ſigna magiſtratu præſente reponi. (*g*)

a) Iul. Paul. *lib. 4. ſentent. tit. 6. de viceſima. §. teſtamentum.* Weſemb. *in Paratitl. ff. teſtam quemadm. aper.* Nec enim hæc res dilationem recipit, *l. ult. in pr. ff. de appell. recip. & l. quiſquis. 6. C. quor. appell. non recip.* (b) *l. cùm abinitio 4. l. 5. l. 6. l. 7. ff. teſtam quemadm aper.* Iul. Paul *d. t 6. in pr.* ubi Cujac. (c) *l. 1. & l. ultim. C. quemadm. teſtament. aper. l. teſtamenta 18. C de teſtament. l. in hac 30 C. de donationibus.* (d) *l. ſed ſi quis 7. ff. teſtam. quemadm. aper. l. 2. C. quemadm teſtam aper* Iul. Paul. *dict. t. 6. §. teſtamenta.* (e) *l. 3. C. dict. t. & l. 1. in pr ff. dict. titul.* (f) Iul. Paul. *d t. 6. in pr* & ibi Cujac. *d. l. teſtamenta 18 C. de teſtament.* (g) *d. l. ſed ſi quis. 7. in fin. ff. teſtament. quemadmodum aper. & d. l. 2. C. quemadmodum teſtament. aper.* latè Vranius *tom. 3. conſil. unic. de teſtament.*

Denique in herede acquirere hereditatem volente, & illud deſide- 30
ratur, ne dubitet, voluntarius, an neceſſarius ſit heres. Si enim putet ſe neceſſarium eſſe, cùm ſit voluntarius, non poterit adire.

l. Is qui putant 15. & l. ſeq. l. ſi is ad quem. 22. ff. de acquirend. heredit.

Sequitur de modo, quo heres extraneus hereditatem ſibi delatam 31
adquirit. Acquirit autem hic heres ſibi delatam hereditatem non ipſo jure; ſed aditione hereditatis; quæ eſt actus, quo extraneus heres, cui hereditas delata eſt, ſe heredem fore declarat. (*a*) Eſtque duplex (*b*) aditio hereditatis; ita in ſpecie dicta, & pro herede geſtio. (*c*)

§. Item extraneus 7. Inſt. de hered qual. & differentia. l. qui aliena 6. §. interdum & t. t ff de acquir. hered. German. Annemung vnnd Antrettung der zugefallenen Erbſchafft. (b) Aditio hereditatis eſt generis & ſpeciei nomen. vide Althuſ. *in Dicæolog. lib. 1. cap 43. num. 20.* Generaliter adire hereditatem dicitur etiam ille, qui ſe pro herede gerit, uti arguit. *l. ult. §. fin autem dubius, ibi, ſed adeat hereditatem, vel ſe immiſceat, & §. fin verò, ibi, poſtquam adierit, vel ſe immiſcuerit. C. de jur. delib.* ubi

verbum, adire, siquidem opponatur verbo, immiscere, significat omnem actum, quo heres extraneus hereditatem acquirit. Ita generaliter accipitur quoque verbum, adire, *in l. 1. l. 3. l. nolle. 4. d. l. qui in altena. 6 §. interdum filiusfam ff. de acquir. vel omitt. hered.* unde & qui pro herede se gerit, etiam adire dicitur, Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 8. pag. 130. lin. 8. 9. 10. & seqq.* (c) *l. si quis mihi 25. §. sed quid si mandavit, ibi, vel quid, si pro herede gerere mandavit, filius adiit hereditatem, l. quamdiu institutus 69 ibi, neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere ff d. l. & si quis 14. §. plerique filii, ibi, neque pro herede gestio, neque aditio præsumitur. ff. de relig & sumpt. fun. & l. cùm in antiquioribus 19. ibi, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat. C. de jur. delib. §. item extraneus, ibi, aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate. Item. ibi, vel re, vel verbo ff. de adeunda hereditate, cit. Inst. de hered qual. & differ.* Duaren. *ad tit. ff. de adquir. vel omittend hered. cap. 3.* Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 8.* sed Wesembec. *ad §. ultim. num. 1. Inst. de hered. qual. & diff.* hodie inter hæc duo nihil interesse scribit.

32 Aditio hereditatis est aperta testatio & professio heredis, qua voluntate nuda hereditatem se suscipere declarat: *(a)* Eaque fit hodie absque etiam scrupulosa cretionum solennitate. *(b)*

a) *Dict. §. item extraneus 7. ibi, aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri. Inst. de hered. qualit. & differentia* Donell. *d. cap. 7. pag. 139.* Duar. *ad d. t. de acquir. hered. cap 3.* Quibus autem verbis hereditas adita præsumatur, latè ostendit post alios, Menoch. *lib. 4. præsumpt. præsumpt. 100.* (b) *l. cretionum 17. C. de jur. delib.* De ea cretionum solennitate vide Ulpian. *in Inst. t. 22.* Etsi igitur aditio hereditatis olim fuerit actus legitimus. *l. actus legitim. 77.* ubi Cujac. *ff. de regul. jur.* hodie tamen sublata illa cretionum solennitate, ampliùs legitimus actus esse non videtur. vide *supra th. 17 lit. D.*

33 Solo autem animo absque ejus declaratione hereditatis aditionem fieri, *(a)* & hereditatem ab herede esse aditam, licèt opulenta sit, præsumi *(b)* negamus.

a) Nam actus mente retentus nihil operatur. *l. si repetendi 7.* ubi Gothofr. *C. de condit. ob causam* Fürstl. Würtemb. Landrecht. *part. 3. titul. 21. f. 404.* ubi Plebst. *disp 3. th. 189. lit. A.* Ripa latè *ad l. si unquam. numer. 3. & ibid.* etiam Tyraquell. *in verbo, libertis, num. 20. C. de revocand. donat.* Atque hanc conclusionem pluribus argumentis probat. Menoch. *d lib. 4. præsumpt. 99. num. 6. & seqq.* ubi *num. 17. & seqq.* respondet ad argumenta, quæ sententiam contrariam tueri videntur. Defendit eandem hanc sententiam Iohan. Vaud. *lib. 2. quæst. jur. quæstion. 25.* (b) Nam adire hereditatem est aliquod factum, ipla nimirùm, ut dixi, aper-

Digitized by Google

aperta voluntatis conteſtatio & profeſſio de hereditate ſuſcipienda. Factum autem non præſumitur, ſed eſt probandum *l. in bello. §. facta. ff. de captiv. & poſtlim. reverſ.* latè Menoch. *libr. 6. præſumpt. præſumpt. 14.* Et hanc ſententiam, quod non præſumatur heres adiiſſe hereditatem, defendit poſt alios etiam idem Menoch. *d. lib. 4. præſumpt. præſumpt. 99. num. 1. 2 & 3.* vide Mynſ. *decad. 1. conſ. 5. per tot. ubi eleganter.*

Pro herede geſtio eſt factum *(a)* aliquod externum, quo heres 34
ſuam de acquirenda hereditate voluntatem declarat: ut ſi res hereditarias vendat, hereditaria prædia colat, vel locet. *(b)*

a) Ad geſtionem pro herede duo requiruntur, factum & voluntas ſive animus, *l. pro herede 20. ff. de acquir. hered.* Cujac. *in lib. 1. quæſt Pauli, pag. 3.* (b) *§. item extraneus 7. verſ. pro herede autem, Inſtitut. de hered. qualit & differ. d. l pro herede 20. ff. de acquir. vel amitt. hered.* Varia facta, ex quibus geſtio pro herede colligitur, vel non, recenſet Menoch. *lib. 4. præſumpt. præſumpt. 101.* ubi habet & illam quæſtionem an quis præſumatur adiiſſe hæreditatem ſi debita hæreditaria perſolvit, de qua vide etiam Marant. *ad l. ù poteſt. 18. numer. 69. & 71. ff. de acquirend. hæredit.*

Atque hoc etiam modo ſuus quoque heres immiſcere ſe dicitur he- 35
reditati quam ipſo jure acquiſivit.

Dict. l. pro herede 20. §. 1. l. Iulianus 42. §. ſi ſervum ff. d. t.

Non tamen omne heredis factum ejuſmodi eſt, ut ex eo animus ſuſ- 36
cipiendæ hereditatis colligi certò poſſit. *(a)* Vnde ejus tria genera hîc conſiderandaerunt: primi generis factum eſt, quod heres gerere non poteſt, niſi ut heres, vel ut heres, vel ut Papinianus loquitur, citra jus & nomen heredis: veluti ſi ſolus teſtamento inſtitutus heres accipiat decem à ſervo in teſtamento manumiſſo ea conditione, ſi heredi decem daret: vel accipiat decem à legatario, cui teſtator legatum reliquit ea conditione, ſi heredi det decem.

a) *Dict. l pro herede 20. in pr. verſ. pro herede autem, ff. d. t.* (b) *d. l. 20. §. Papinian. ubi gloſſ. & Dd. ff. eodem* Menoch. *lib. 4. præſumpt. præſumpt. 101. num. 12. & 14.* Duaren. *ad t. de acquir. hered. c. 3. p. 585. col. 1.* Donell. *d lib. 7. c. 8. p. 142.* Exempla tredecim hujus generis facti recenſet Menoch. *d præſumpt 101. num. 12. & ſeqq.*

Secundi generis factum eſt, quod heres vel ſuo jure, vel nullo ju- 37
re ſuo, ſive ſuo, vel alieno nomine gerere poteſt, quamvis heres non ſit. Et ex hoc facto non colligitur animus acquirendæ hereditatis, niſi quid apertè de hac voluntate heredis doceatur: veluti ſi filius à liberto defuncti parentis operas officiales petierit, vel mortuum in hereditarium ſepulchrum intulerit, *(a)* vel ſi heres defunctum funeraverit; quippè

cùm hoc officium quivis jure humanitatis etiam extero præſtare poſſit (b)

a) *Dict. leg. pro herede, §. ſi quid tamen, & § ſeq. ff. de acq. vel amitt. hered.* (b) *l. & ſi quis. 14. §. plerique ff. de relig. & ſumpt. funer.* Menoch. *d. præſumpt. 101. num. 70.* Duar. *ad d. t. de acq. hered. cap. 3. pag. 584. col. 2.* Donell. *d. c. 8. p. 141. verſ. de ſecundo.*

38 Sed utrùm inducatur hereditatis adquiſitio ex eo, quod inventarium confecerit heres, quæritur? Id quod negamus.

Per l. ult. §. donec. 11. & §. 14. C. de jur. delib. vide Fachinæ. *& quos ille citat. lib. 6. controverſ. capit. 4.* Menoch. *dict. lib. 4. præſumpt. 101. numer. 95.*

39 Tertii generis factum eſt, quod heres in rebus hereditariis, vel quas putat hereditarias; (a) gerere poteſt, vel quaſi heres, vel ut alius, non quaſi heres. Ejuſmodi factum in tres diſcedit ordines: Primus ordo continet factum quod quis utiliter & cum effectu gerere non poteſt, niſi ſit heres: & ex tali facto colligitur animus hereditatis acquirendæ: (b) veluti ſi heres ſervos hereditarios manumittat: (c) quippe cùm ſervum manumittere utiliter, & cum effectu nemo poſſit, niſi qui dominus ſit, (d) nec poſſit heres rei hereditariæ dominus eſſe, niſi hereditario jure, id eſt, quæſita hereditate. (e)

a) *l. Gerit. 88. ff. de acquir. hered.* (b) Semper enim in eo, quod geritur, ita affectus quiſque putatur, ut velit valere, quod agitur, non perire: Seriò agere & cum effectu, non ludere, *l. ſi quando 109. in princ. ff. de reb. dub. l. ſemper. quoties in ſtipulationibus, ff. de reg. jur.* (c) *l. Iulianum 42. §. ſi ſervum. ff. de acquir. vel amitt. hered.* (d) *l. 3. 4. & 5. C. de his, qui à non dom manumiſſi ſunt.* (e) *l. heres in omne 37. ff. de acquir. hered.* latè Marant. *ad l. ut poteſt. 18. ff. de acquir. hered. per tot.*

40 Secundus ordo complectitur factum, quod quis in rebus hereditariis utiliter quidem, & cum effectu gerere poteſt, licet non ſit heres, (a) at non jure, niſi ſit heres. (b) Et ex hujuſmodi facto præſumitur animus volentis adquirere hereditatem: (c) veluti ſi heres diſtrahat res hereditarias, vel iis utatur; (d) puta ſi pecuniam hereditariam ſumat, ædes inhabitet, (e) locet, (f) fructus ex his rebus percipiat. (g)

a) Nam res etiam alienas diſtrahere, quis utiliter & cum effectu poteſt, *l. rem alienam 28. ff. de contrab. empt.* (b) Nam tenetur vel actione furti, vel expilatæ hereditatis, ſi rem mobilem alienam ſciens diſtrahat, *l. 2. §. 1. ff. de expil. hered.* vel actione injuriarum, ſi res ſit immobilis, *l. item apud Labeonem 15. §. ſi quis bona ff. de injuriis.* (c) Eſt enim præſumptio; quod modo licito facere voluerit, non illicito, *l. merito. ff. pro ſocio.* Menoch. *d. præſumpt. 101. num. 27.* (d) *§. item extraneus, verſ. pro hero-*

herede, Inſtitut de hered. qual. & differ (e) *per d. verſ. pro herede, ibi, rebus hereditariis tanquam heres utatur, Inſt. dict. tit. & l. 1. C de repud. hered.* Menoch. *poſt alios, d. præſumpt. 101. num. 34. & ſeq.* Donell. *d. c. 8. p. 142. in fin.* Fachinæ. *lib. 6. controverſ. cap. 53.* (f) *d. verſ. pro herede, ibi, locandové. Inſtitut. de hered. qual & differ.* Menoch. *d præſumpt. 101. num. 7.* Sed idem Menoch. *num. 76.* ſcribit, ex locatione prædii hereditarii præſumi acquirentis animum, ſi prædium non habeat neceſſe locari. *(g) d. verſ. pro herede, ibi, rebus hereditariis, tanquam heres utatur, item ibi, locandové, Inſtitut. de hered. qual. & differ. fac. d. l. 1. C. de repud. hered.* Donell. *d. c. 8. pag. 142. in fin. & pag. ſeq.* & alii, quos refert Menoch *d. præſumpt. 101. num. 71 verſ. contrariam opinionem.* Sentit idem Fachinæ. *d. lib. 6. cap. 52.* Ipſe tamen Menoch. *num. 72. & ſeqq.* ſecutus Bartolum ſcribit, ſtandum eſſe declarationi heredis, quo jure, & cauſa perceperit fructus illos.

Tertius ordo continet factum, quod heres gerere poteſt in rebus 41
hereditariis, non ſolùm cum effectu, ſed etiam jure, quamvis heres non ſit: veruntamen non poteſt ſuo nomine, niſi ſit heres. Et hujuſmodi factum præſumitur geſtio pro herede; *(a)* quippè cùm ſibi potiùs, quàm alteri conſulturus præſumatur. *(b)* Vnde pro herede ſe gerit, qui tractat res hereditarias, ut tueatur, veluti, ſi agros colat, *(c)* ædes reficiat, *(d)* familiam alat, paſcat pecora & jumenta, *(e)* æs alienum hereditarium ſolvat. *(f)*

a) *l. 2. C. de jur. delib. l. pro herede, verſ. ſervos. ff. de acquir. hered.* Donell. *d. cap. 8. p. 143 verſ. poſtremò.* (b) *l. 4. ff. de ſolut.* (c) *d. verſ. pro herede autem, ibi, vel prædia colenda. Inſtitut. de hered qual. & diff.* Donell. *dict. cap. 8. pag. 143. verſ. poſtremò.* (d) *d l. pro herede 20. §. 1. verſic. proinde. ff. de acquir. hered.* Donell. *dict. loco.* (e) *d. l. pro herede 20. §. 1. verſ. ſervos ff d. t.* (f) quia in dubio quis præſumitur ſolvere nomine proprio *d. l. & magis 4. ff. de ſolut.* Atque ita de hac concluſione ſentiunt, quos refert & ſequitur Menoch. *d. præſumpt. 101. n. 80.* & Donell. *d. loco.* Paulus quoque *lib. 4. ſent. t. 8.* his omnibus exemplis utitur, & hiſce factis heredem videri pro herede gerere, apertè ſcribit.

Cùm autem geſtio pro herede facti quidem ſit, ſed non tam facti, 42
quàm animi, idcircò licet heres quid fecerit, quod geſtionem quidem pro herede ſignificet, niſi tamen animo gerendi ſe pro herede id fecerit, certè non ſuſcepiſſe hereditatem dicitur. Et conſultum fuerit, & tutius heredi, ne oneribus hereditariis imprudens objiciatur, apertè teſtari, non animo heredis ſe gerere, quæ gerit.

Dict. l. pro herede 20. in pr. §. 1. ff. de acquir. hered.

Quæritur & hic de tranſmiſſione hereditatis extraneo heredi dela- 43

tæ? Et sciendum, quod liberi, licet extranei sint heredes, parentum suorum hereditatem, necdum aditam, transmittunt quidem, verùm ad liberos suos, non alios successores, (a) etiamsi hi parentes fuerint. (b) Quemadmodum & cæteri extranei heredes delatam sibi hereditatem; necdum aditam, morientes, ad successores suos non transmittunt. (c)

a) *l. Vn. C. de his, qui ante apertas tabul. hered. transmitt. l. unic. §. in novissimo, vers. hereditatem, C. de caduc. toll.* (b) *d. l. unic. §. in novissimo. vers. exceptis, C. d. t.* quo loco excipiuntur tantùm liberi transmittentis. Casus autem exceptus firmat regulam in contrarium *l. nam quod liquidè 4. §. ultim. ff. de penu. legat. l. quæsitum 12. §. idem respondit. 43. vers. Denique, ff. de fund. instruct. leg. & Nov. 7. c. 2. Vt autem lex, in princ.* Decius *num. 20.* Cagnol. *num. 31. & num. 34. ad l. 1. ff. de reg jur.* Deinde nullo jure cautum, ut morientes liberi hereditatem nondum aditam ad parentes suos transmittant. Hunc ergo casum sub negativa regula, quæ est *in d. l. un. §. in novissimo, vers. hereditatem, C. de cad. toll.* relictum esse existimari debet, *per l. illam meritò. 19. ibi, eò quòd nulla constitutio super hujusmodi collatione posita esset. C. de collationibus. Nov. 18. cap. 5. consideremus. ibi, sed quia non hoc cum lege agimus, erubescimus.* Adhæc quicquid nova constitutione specialiter expressum non videtur, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debet, *l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat.* Sed nova Theodosiana Constitutione, quæ est *in d. l. un. C. de his, qui ante apert. tab* non est specialiter expressum, ut liberi hereditatem necdum aditam etiam ad parentes suos transmittant. Illi ergo ad hos eam hereditatem non transmittunt; quippe cum regula juris antiqui velit, ut hereditas, nisi fuerit adita, non transmittatur, *d. l. un. §. in novissimo. C. de caduc. toll.* Facit huc præterea, quod major ratio est in liberis transmittentis, quàm in ejus parentibus, uti arguit *l. scripta 9. §. ult ff. si tabul. testam. null. extab. & l. nam etsi 15. in princ. ff. si tab. testament null. extab. & l. nam etsi 15. in pr. ff. de inoffic. testament.* ut proinde meritò legislatio illa nova Theodosiana correcta ad transmittentis parentes extendi non debeat. Cùm lex correctoria, ne quidem ex paritate rationis extendatur, secundùm communem & veram opinionem, ut dicit Iason. *Auth. quas actiones. C. de SS. Eccles.* & alii quos refert, Nicol. Everh. *in Topic. leg. in loco, à ratione legis larga, num. 14. & num. 40.* Denique negatam hanc sententiam probant plerique Dd. quos refert & sequitur Vasq. *de success. creat. lib. 3. §. 21. n. 267. & de success. progressuum, lib. 1. §. 8. num. 10.* post gloss. tamen Bald. *num. 6. in d. l. un. C. de his, qui ante aper. tab.* dissentit, ut & alii, inter quos etiam numeratur Fichard. *consil. 51. part. 1.* quorum opinionem secuta est suprema curia Würtemberg-

bergica, *anno &c. 92. Septembr. 19.* Fürſtl. Würtemb. Landrecht. *part. 4. t. 22.* §. So laſſen wir es auch. *p. 523.* ex identitate rationis. *l. unic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Majori enim afficiuntur triſtitia parentes ob diſceſſum liberorum quæ liberi propter parentum obitum. Graff. *lib. 2. recept. ſent. §. tranſmiſſis quæſt. 26. num. 2.* (c) *d. l. un. §. in noviſſimo, verſ. hereditate, C. de cad. toll. l. ventre 84. ff. de adquir. hered.* Obſtare videtur *l. cum in antiquior. C. de jure delib.*

Si tamen heres jure impeditus non potuit adire hereditatem, tùm 44
moriens ad ſucceſſores ſuos tranſmittit actiones utiles: veluti ſi quod dominus occiſus dicebatur, non potuit jure adire hereditatem, priuſquam de familiæ quæſtio habita, ſupplicium̃que de noxiis ſumptum fuerit.

l. 3. §. Quod ad cauſam, & §. eleganter, & l. 4. ff. de SC. Silan. Hoc enim jus cum injuria heredis conjunctum eſſe non debet, *per L. 4. C. de emancipat. liber.*

Quòd ſi etiam teſtamento ſcriptus heres bonorum poſſeſſionem ſe- 45
cundùm tabulas petere non poſſit (a) ex eo, quòd filio impuberi præterito, qui negabatur filius, bonorum poſſeſſio data ſit, atque ita judicium in tempus pubertatis cauſa cognita ſit injectum, (b) certè moriens ante aditam hereditatem jus ſuum ad heredes tranſmittit, ut & ſi legitimus fuerit heres. (c)

a) *l. 2. ff. De bonor. poſſeſſ. ſecundum tabul. & l. ſcriptum 12. ff. de Carbon. edict.* (b) *l. 1. in princ. ff. d. t.* (c) *d. l. ſcriptum. ff. eodem titul.* vide Cujac. *in lib. 14. quæſt. Papiniani, pagin. 374. & ſeqq.* Fürſtl. Würtemb. Landrecht / *dict. part. 4. titul. 22.* Quod ſi minor mortuus eſſet antè aditionem hæreditatis, vel propter reipublicæ abſentiam redire nonpotuit, beneficium reſtitutionis in integrum ad hæredes tranſmittit, & ex ſalutari clauſula, ſi qua mihi juſta cauſa, reſtitutionis auxilio omiſſam hæreditatem recuperare poteſt. Landrecht. *d. t. 22.* §. So aber die Anfrettung. *l Pannonius. 86. ubi Dd ff de aquir. hæredit.* Eſt enim hoc beneficium ad hæredes tranſitorium, *l. non ſolum. ff. de reſtit. in integr.* quia non perſonæ principaliter tribuitur reſtitutio ſed cauſæ quæ meruit præcipuum favorem. *l. ex pluribus. 42. ff. de admin. tutel.*

Similiter filius teſtamento patris heres ſcriptus, poſtumo, qui 46
in utero mulieris eſſe dicebatur, præterito, adire hereditatem non poteſt, quamdiu in incerto eſt, an mulier ſit prægnans. (a) Si tamen interim moriatur, & poſtea appareat, mulierem non fuiſſe prægnantem, jus ſuum ad heredes tranſmittit, ſi is ſit, qui nato quoque poſthumo & reſciſſo teſtamento, unà cum poſthumo heres eſſe ab inteſtato potuerit. (b)

a) *l. Cùm*

a) *l. Cùm quidam 30. §. quod dicitur, ff. de acquir. hered.* Rauchbar, *lib. 2. quæſt 15. numer. 46. & ſeqq.* (b) *l. ventre 84. ff. de adquir. hereditat. l. 4. §. ultim. & l. ſeq ff. de bonor. poſſ. contra tab.* vide Cujac. *in lib. 15. q. Papinian. pag. 402. & ſeqq.* Fürſtl. Würtemb. Landrecht. *tit. 22 part. 4.* §. Vnd nach dem ſich offt. Etenim filiusfamilias inſtitutus decedens hæres fuiſſe intelligitur, venter enim iſte incertus nequit factam ſuſpendere inſtitutionem, multo minus non natus teſtamentum rumpere *l. 3. §. 3. ff. de injuſt. rupt. teſtam.* Ant. Faber. *lib. 1. conject. c. 10.*

47 De ſpeciebus adquiſitionis hereditatis hactenus: Sequitur modò adquiſitionis illius effectus; qui duplex eſt: Vnus, quòd hereditas quæſita ampliùs repudiari non poteſt. *(a)* Alter, quòd ipſa hereditatis adquiſitio heredi adfert commodum & incommodum hereditatis. *(b)*

a) *l. 4. C. de repud. hered.* (b) *l. nihil aliud 24. l. hereditatis appellatio 119 l. pecuniæ 178. §. 1. & l. 208. ff. de verb. ſignificat. l. more 8. ff. de adquir. vel omitt. hered.* An actiones dativę in hæredem tranſeant? tradit Cæval. *commun. opin. quæſt. 530. l. heredem. 59. l. hereditas 62. ff. de reg. jur. l. 1. 2. & 3 ff. de bonor. poſſ.*

48 Commodum hereditarium quod attinet, ejus tria ſunt genera. Primum genus continet ea, quæ defuncti fuerunt, dum viveret; veluti dominium rerum hereditariarum omnium; (*a*) Item jus reale, dominio proximum, (*b*) ut jus emphyteuticum, (*c*) jus ſuperficiarium, (*d*) ſervitus, (*e*) pignus. (*f*) Tum etiam actio. (*g*) & exceptip. (*h*)

a) *l. Heres in omne. 37. ff. de adquir. vel omitt. hered. l. 1. ff. de bonor. poſſeſſio.* (b) *l. cùm heredes 23. in princ. ff. de adquir. poſſeſſ.* (c) *l. 1. ff. ſi ager. vectig.* (d) *l. bonorum. 49. §. in bonis autem ff de verb. ſign.* (e) *l. rem in bonis 52. ff. de adquir. rerum domin. junct. §. aquè. Inſt. de actionibus & §. ult. Inſt. de rebus corporal. & incorporal.* (f) *l. 1. C. ſi unus ex pluribus hered. cred.* (g) *§. 1. Inſt. de perpet. & in tempor. act.* (h) *l. ult. ff. de except. rei vend. l. ſi pactum 9. ff. de probat.*

49 Poſſeſſio tamen, niſi naturaliter apprehenſa, ad heredem non pertinet. (*a*) Neque tranſit ad heredem jus, quod perſonæ defuncti cohærebat, & cum ea finitur; ut ſervitus perſonæ: (*b*) Item exceptio, quæ ob pietatem, aut reverentiam defuncto competiit, veluti parenti, patrono, marito, & ſimilibus perſonis; (*c*) ut & actio injuriarum, (*d*) & actio, quæ adverſus eum, qui parentem, patronumque in jus ſine permiſſu Prætoris vocat, competere dicitur. (*e*)

a) *Dict. leg. cùm heredes 23. in princ. ff. de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* (b) *l. non ſolùm 8. §. tale ff. de liberat. l. 3. §. ult. ff. quibus modis uſusfruct. amitt.* (c) *l. exceptiones 7. in princ. ff. de except. l. Quia ff. ſolut. matrim.* (d) *§. 1.*

Digitized by Google

(d) §. 1. *Inst. de perpet. & tempor. act. &* §. *ultim. Inst. de injur. infra. cl. 4. diss. 4. rb. 69.* (e) *l pen. ff. de injur vocand.*

Quòd si plures sint heredes, & res hereditaria sit ejusmodi, quæ in 4 persona actoris divisionem non recipit, tùm singuli heredes in solidam petitionem succedunt; veluti si defunctus sibi stipulatus sit viam, iter, aquæductum. *(a)* Pignus quoque defuncti singulis heredibus in solidum tenetur. *(b)*

a) *l. Viæ 17. ff. de servitutib. l. 2. §. 1. §. ex his, vers. sed quo casu l. stipulationes non dividuntur 72. ff. de verb. oblig.* (b) *l. 1. C. si unus ex plurib. hered. creti.*

Sin divisionem res hereditaria recipiat, tum inter coheredes pro 5 portionibus hereditariis dividitur, ut corpora hereditaria, quæ defuncti propria fuerunt, *(a)* pecunia numerata, ut & res, quæ pondere, & mensura constant; *(b)* tùm nomina hereditaria, *(c)* item stipulatio generum; veluti si quis defuncto generaliter homines duos promiserit. *(d)*

a) *l. Bonæ. 8. l. coheredibus. 17. C. famil. erciscund.* (b) *l. cùm Stichus 29. ff. de solutionib.* (c) *l. ea quæ. 6. C. famil. erciscund* (d) *l. in stipulationibus 34. in princ. vers. quoties, & vers. si idem duos, ff. de verbor. obligationib.*

Alterum genus commodi hereditarii complectitur ea, quæ post 5 a mortem defuncti adquisitæ sunt heredi ati nondum aditæ; ut sunt, quæ per alluvionem ante aditam hereditatem accreverunt. Item nata edita vè ex rebus hereditariis, ut fructus prædiorum, animalium fœtus, lac, pilus, lana, ancillarum partus, mercedes ex locatione rerum hereditariarum perceptæ; *(a)* tùm etiam emolumentum usucapionis à defuncto cœptæ; *(b)* ut & negociorum gestorum actio, *(c)* & quæ per servos hereditarios quæsita sunt; *(d)* nisi quid ejusmodi sit, quod ad adquirendum personæ factum desideret, veluti hereditas servo delata, ususfructus, *(e)* & possessio rerum non ex causâ peculiari quæsitarum. *(f)*

a) *l. Item veniunt. 20. §. item non solùm l sed etsi. 25 §. ultim l. ancillarum 27. & ll. seqq. ff. de petit. hered.* (b) *l. cæptam. 40. l. justo 44 §. nondum, ff. de usurpat. & usucap.* (c) *l. nam & servum 21. §. qui negocio, ff. de neg. gest.* (d) *l. hereditas 61. in princ. ff. de adquir. rer. dom. Inst. tit. de stipulat. servor. in pr.* (e) *d. l. hereditas. 61. in pr. vers. in his sane, & §. ult. ff. de usurpat. & usucap.*

Tertium genus commodi hereditarii continet ea, quæ aditæ jam 5 § hereditati jure accrescendi accedunt; veluti si duo pluresve sint heredes, testamentarii, *(a)* vel legitimi, *(b)* & unus ipsorum, antequam adierit hereditatem, morte, vel quâ aliâ ratione deficiat. Tunc enim

by Google

deficientis vacans portio coheredi vel coheredibus beneficio partis jam quæsitæ accrescit.

a) *l. Vn. §. his ita 10. C. de cad. toll.* (b) *l. si ex pluribus 9. ff. de suis, & legit. heredib.* De jure accrescendi plenè & accuratè cùm tractatum sit *supr. disp. 4. thes. 51. & seqq. & disputatione 8. & de legat. & fideicommiss. thesi 65. & aliquot seqq.* plura de eo hic dicere nolumus. Eandem materiam latè persequitur Duar. *duobus libris de jure accrescendi*, & Donell. *lib. 7. Comment. cap. 12. & seq.* item Antonius Goveanus *lib. de jure accrescendi.*

54 Quod attinet incommodum sive onus hereditatis, ejus genera sunt duo: Vnum est æs alienum: *(a)* alterum, onus legatorum, & fideicommissorum *(b)* Vtrumque enim jus accrescendi adfert. *(c)* Atque hinc hereditatis adquisitio, aditio scilicet, & immistio dicitur quasi contractus. *(d)*

a) *l. More 8. ff. de adquir. vel amitt. hered.* An hæres cogatur solvere in pecunia quando hæreditas est opulenta? vide Iohan. Petr. Surd. *decis. 30.* Quin imo hæres conveniri potest ante diem, teneturque cavere, ut ea adveniente die rite fiat. Vivius *decis. 403.* (b) *l. 2. C. de legat. l. 3. Cod. de hered. vel act. vend.* An hæres teneatur luere rem obligatam pro precio æquivalenti ipsi rei. vide Cæval. *commun opin. quæst. 747.* (c) *l. un. §. his itaque, C de caduc. toll* (d) *l. 3. in fin. & l. seq. ff. quib. ex causis in poss. eat. l. 5. §. heres quoque, ff. de oblig. & act. §. heres quoque Instit de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* vide *thes. 2. & 5. Disput. 1. hujus 3. Classis.*

55 Est autem duplex æs alienum: Defuncti scilicet, & hereditatis nondum aditæ. Æri alieno defuncti ita heres obligatur, ut conveniri possit a creditoribus defuncti; & horum actiones suscipere cogatur, (a) etiamsi hereditas solvendo non sit. *(b)*

a) *l. Pro herede 20 §. 2. §. Papinianus, ff. de adquir. hered. l. ult. C. de hered. act. l. 2. C. de act. vel heredit. vendit. §. 1. Instit. de perpet. & tempor. act. l. ad ea. 157. §. in contractibus, ff. de reg. jur,* Georg. Everh. *vol. 2 cons. 8.* Hæres enim cum defuncto una censetur persona, ita ut de facto defuncti teneatur. Christinæ. *vol. 1. decis. 85. & decis. 270.* (b) *d. l. more 8. ff. de adquir. hered. l. 3 in pr. ff. de bon. poss. l. quædam 9. §. 1. ff. de edend. l. hereditatis 119. ff. de verb. sign.*

56 Non tamen obligatur hæres æri alieno defuncti ex his causis, ex quibus sunt pœnales actiones.

§. 1. Inst. de perpet. & tempor. act. l. pupillum 111. §. in heredes, l. sicuti 38. ff. de reg. jur. An autem & quando hæres ex defuncti delicto teneatur, vide Hartm. Pist. *lib. 1. q. 27.* Paul. Christin. *dec. Belg. vol. 3. decis. 122.*

Æs

Æs alienum hereditatis non aditæ eſt, quod ex adminiſtratione ne- 57
gotiorum hereditariorum naſcitur; cui heres ſimiliter obligatur; (a) quodque ex funeratione defuncti provenerit; cujus nomine adverſus heredem funeraria actio competit. (b)

a) *l. Nam & Servius 21. §. qui negocia, ff. de negoc. geſt.* (b) *l. ſi quis ſepulchrum 12. §. 2 & 3. §. funus, & §. ſeq. l. & ſi quis 14 § hæc actio, & § idem Labeo, in fin. ff. de relig. & ſumpt. funer.* An autem hæres ante nonum diem à morte defuncti conveniri poſſit? examinat Chriſtinæus *vol. 1. deciſ. 81.* An autem hæres putavimus aliquid ſolvens indebitum, poſſit hæreditate evicta id repetere. Petr. Weſenb. *conſ. 15.*

Legati autem & fideicommiſſi nomine heres non tenetur ultrà 58
quàm ad eum ex hereditate pervenit.

l. 1. §. Si is qui quadraginta. ff. ad SC. Trebell. Quin etiam hæres habet retentionem in legatis pro parte ſpectante ad falcidiam, licet legatarius efficiatur ipſo jure dominus legati. Vivius. *deciſ. 115. per tot.* Quando verò hæres ſub conditione gravatus ad præſtationem legatorum teneatur, oſtendit Cravetta *conſ. 16.*

Eſt & illud hic notandum, quòd plures heredes æri alieno obligan- 59
tur, vel inſolidum, vel ſinguli in viriles tantùm partes, pro hereditariis portionibus. In ſolidum, ſi obligatio non recipiat diviſionem: (a) In partes viriles, ſi recipiat diviſionem obligatio. (b)

a) *l. 2. §. 1. & ſeq. l. ſtipulationes non dividuntur 72. ff. de verbor. oblig. l. heredes 25. §. an ea, ff. famil. erciſc.* v. de Cujac. *in lib. 23. Pauli ad edictum, p. 389. & ſeqq.* & eundem Cujac. & Donell. *ad l. 2. §. 1. ff. de verb. oblig.* ubi de iis agunt obligationibus, quæ non recipiunt diviſionem. (b) *d. l. ea quæ 6. C famil. erciſc. l. 2. C. de hered. act. l. pacto ſucceſſorum 26. C. de pactis, l. 1. C ſi cert. pet.*

Si quoque defunctus legata præſtari voluit, non appellatis here- 60
dum nominibus, tùm eorum præſtatio dividitur inter heredes pro portionibus hereditariis.

l. Si heredes 124. ff. de legat. 1. & l. 2. C de hered. act. Quando verò conveniendi ſint plures hæredes de quibus non ſatis conſtat, qui nam inter ipſos hæreditatem adierint. vide Hartman. Piſtor. *obſ. 72.*

Etſi autem, ut dixi, heres æri alieno obligetur, licet hereditas ſol- 61
vendo non ſit, ab hoc tamen onere liberare ſe poteſt, vel jure deliberandi, an ſcilicet expediat adire hereditatem; vel inventarii confectione, quorum illi ante hereditatem locus eſt, huic verò poſt aditam hereditatem.

§. Extraneis autem heredibus, & §. ſed noſtra, Inſt. de hered. qualit. & differ. l. ult. §. ſin verò, C. de jure delib. Hæres autem inventarium non

conficiens quid perdat? tractat Peregrin. *de jure fisci. lib. 2. tit. 10. num. 14. & seqq.* Inventarium autem conficiens absque omni periculo hæreditatem adire potest. Iohan. Cõpen. *lib. 1. obs. 131.* An autem Hæres inventarii beneficio à testatore privari possit? disquirit Surdus *decis. 30.*

61 Ius deliberandi instantibus creditoribus, vel liberis, hodie quilibet heres petere potest vel ab Imperatore, qui ad hoc annum præbet: vel à Iudice, qui largitur novem menses: (a) Nullis verò instantibus perpetuum est jus deliberandi, hoc est, ad 30. usque annos se extendit.

a) *Dict. l. ultim. §. & hæc quidem, vers. sed quia, C. de jure delib.* (b) Cujac. *in Parat. C. d. t. per text. in l. 1. C. de suis & legit.* facit quoque *l. si curatoris 9. C. de jure delib.* per quam idem sentit Donell. *lib. 7. Comment. c. 3. p. 123. in pr.* Paul. Christinæ. *vol. 4. decis. 22.*

62 Exacto deliberandi tempore, jus abstinendi, vel repudiandi heredes ampliùs non habent, sed tenentur creditoribus omnibus, & quidem in solidum, ita ut nec legis Falcidiæ beneficio utantur, nisi cum omni subtilitate inventarium simul fecerint.

Dict. §. extraneis. 5. Instit. de hered. qualit. & differ. & d. l. ult. §. si autem 14. vers. si quis autem, ff. de jur. delib. l. suus hæres. 3. & l. seq. C. de repud. vel abstin. hæred.

63 Liberum autem heredibus est, vel uti jure deliberandi, vel eo omisso hereditatem confestim adire, ac inventarium solenniter conficere.

Dict. l. ultim. C. de jure deliberand. & Novell. 1. cap. 2. d. §. extraneis. in fin.

64 Impuberibus tamen etiamsi se immiscuerint hereditati, præstat Prætor abstinendi facultatem: (a) Puberibus quoque læsis restitutione in integrum succurritur. (b)

a) *l. Impuberibus. 11. l. necessariis 57. in pr. ff. de adquir. vel omittend. hered.* (b) *d. l. necessariis, §. 1. ff. d. t. & l. ait Prætor. 7. §. sed etsi hereditatem, 5. ff. de minorib. l. 1. C. si minor. hered. se abstineat. l. ult. in fin. C. de repud. & abstin. hæred.*

65 Solennitas autem Ordinationis inventarii hæc est: I. Inchoari debet inventarium intra dies triginta, ex quo primùm hereditatem sibi delatam cognovit heres, (a) & absolvi intra menses tres ex eodem tempore numerandos. (b) Quòd si tamen heres à locis, in quibus est tota hereditas, aut ejus pars major, abfuerit, tùm ei annus datur, à morte testatoris numerandus. (c) II. Convocari debent ad ejus ordinationem omnes creditores, legatarii, & fideicommissarii, quorum scilicet interest, res omnes rectè & fideliter descripsi: quorum tamen procuratores quoque admittuntur. Quòd si quidam creditores, legatarii, vel fidei-

fideicommissarii absint, eorum loco testes non minùs tres, integræ existimationis, & substantiam possidentes adhiberi debent, (d) III. Scribi inventarium debet per tabularios, ad minimum duos. (e) IV. Describi debent res hereditariæ, ut quas defunctus tempore mortis habuit. (f) V. Habere quoque inventarium debet subscriptionem heredis, qua profiteatur, res, quæ ibi descriptæ sunt, esse hereditarias, neque in his se dolo malo feciſſe quicquam, neque porrò facturum esse. Quòd si heres literas nesciat, aut casu aliquo subscribere impediatur, tùm tertius specialis tabularius adhibendus erit, qui eadem scribat. Adhibendi præterea testes, qui heredem noverint, & interfuerint, cùm heres hanc subscriptionem tabulario mandaret. (g)

a) *l. Vltim. §. sin autem dubius, verſ. omni tamen modo, C. de jure delib.* (b) *d. l. ultim. §. donec tamen, C. d. titul.* (c) *d. l. utim. §. sin autem à locis, & d. §. donec tamen, C. dict. titul.* (d) *Nov. 1. cap. 2. §. fiat igitur inventarium.* (e) Non solùm enim *in d. l. ult. §. sin autem dubius, ibi, sub præsentia tabulariorum, C. de jure delib.* sed & *in d. Nov. 1. cap. 2. §. Fiat igitur, ibi, tabulariis enim solu:* Iustinianus Imp. plurali numero tabularios exigit, ut intelligamus adhiberi debere plures, unum non sufficere; scilicet ut tantæ rei, & tam periculosæ descriptionis certior sit fides, & minùs periculosè creditoribus, & legatariis noceat; qui posteain re dubia inventario stare jubentur, *d. l. ultim. §. Licentia 5. C. de jur. delib. & d. Novell. 1. cap. 2. §. fiat igitur, verſ. ita ut supervenientibus,* Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 3. p. 125. verſ. jubetur confici,* (f) *dict. l. ultim. §. sin autem dubius, ibi, super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat, C. de jure delib.* (g) *d. l. ultim. §. sin dubius, verſ. subscriptionem tamen, C. dict. titul.* Cæterùm statuto Wirtembergico ad inventarii solennitatem requiritur. I. Vt heres coram judicio protestetur & profiteatur, inventarium conficere se velle. II. Vt à Præfecto postulet duos sibi ex judicibus dari, sub quorum, tanquam testium, præsentia inventarium conscribatur. III. Vt juratus Grammateus, sive Scriba civitatis, totius hereditatis res mobiles & immobiles, jura item, & nomina creditorum & debitorum, singula & universa describat. IV. Vt intramenses tres, ex quo adita est hereditas; vel si res hereditariæ aliis, & diversis in locis positæ fuerint, intra tempus longius, arbitrio judicis definiendum, impleatur inventarium. V. Vt exemplum sive copiæ inventarii apud Iudicium deponantur, Fürſtenthumbs Würtemberg gemein Landrecht / das Alte. *part. 3. fol. 304.* das Newe. *part. 3. tit. 22.* Alia forma inventarii conficiendi in casu alterutrius conjugis decedentis describitur. Im Fürſtl. Würtembergiſchen Alten Landrecht. *part. 4. fol. 932.* Im Newen. *part. 4. titul. 4.* Plura de inventarii confectione qui desiderat, legere potest,

Ang. de Peruſio, Guidon. Pap. Iohan. Coraſ. Franciſc. Procellin. Baldum de Perus, Monticul. *Tractat. de confectione inventarii*, & Bald. *conſil. 147. numer. 1. lib. 4.* adde me ad tit. *Inſtitut. de hered. qual & differ. §. 6. num. 9. & ſeqq. pag. 654.* Fachin. *lib. 4. controv. 35. & ſeqq.* Altruſ. *Diæcolog. lib. 1. c. 44. num. 11. & ſeqq.* Sed ſi quibuſdam citatis quibuſdam verò omiſſis inventarium conficiatur? Et adverſus citatos valere, non citatis neutiquam nocere exiſtimo. *arg. l. de uno quoque ff. de re judicat.* Menoch. *conſil. 78. num. 11. lib. 2.* Fructus tamen & aliæ acceſſiones, quæ poſt mortem defuncti ex hæreditate jacente percepte ſunt inventario ſunt adſcribendæ, Forſter. *lib 2. diſp. 13. theſ. 32.* Filius non conficiens inventarium an amittat legitimam vide Fachin. *4. controv. 34.* Treutl. *vol. 2. diſp. 12. th. 9. lit. A.* ibique Bachovium *p. 744.*

67 Facto ſolenniter inventario, heres ultra vires hereditatis non tenetur: *(a)* Legis Falcidiæ beneficio in legatis uti poteſt, *(b)* niſi teſtator contrarium diſpoſuerit. *(c)* Impenſas neceſſarias, quas fecit in res hereditarias: quicquid etiam impendit in ipſum funus, in teſtamenti inſinuationem, in confectionem inventarii, ſuo jure retinet; præferturque in his omnibus legatariis & creditoribus. *(d)* Actiones item quæ non facto inventario confundi ſolent, *(e)* ſalvas retinet; ſic tamen, ut in his concurrat cum cæteris creditoribus, non primus, ſed ſuo ordine, *(f)* pendente inventarii confectione non poteſt à creditoribus convenire. *(g)*

a) §. *Sed noſtra benevolentia, Inſtitut. de hered. qual & differ. d. l. ult. §. & ſi præfatam 4. verſ. ut in tantum*, C. *de jure delib.* Fürſtl. Würtemb. Landrecht/ das Alte. *part. 3. pag. 302. §.* Wann einer. Das Neue. *part. 3. titul. 22. in princ.* (b) *d. §. & ſi præfatam 4.* (c) *Novell. 1. cap. 2. in fin.* Fürſtl. Würtemb. New Landrecht. *part. 3. Titul. 22. pag. 410.* (d) *d. l. ultim. §. in computatione*, C. *de jure delib.* (e) *l. debitori* C. *de pactis*, *l. Stichum*, § *additio*, *ff. de ſolut.* (f) *d. l. ultim. §. in computatione*, C. *de jure delib.* (g) *d. l. fin. §. donec tamen.* C. *de jure delib.* alios inventarii effectus refert Cunradus Ritterhuſ. *in Novell. 11. part. 16. capit. 8. n. 17.*

68 Quod ſi creditores vel legatarii probare velint, plus eſſe in hereditate, quàm in inventario deſcriptum ſit, placet eos eſſe audiendos: Et ſi probaverint, quod ampliùs eſt, computatur in hereditate. Quod ſi heres id amoverit, aut amovendum curaverit, jubetur duplum reſtituere, aut in hereditate computare.

Dict. l. ultim. § Licentia, C. *de jur. delib.* Fachin. *lib. 4. controv. 37. & lib. 10. controv. 66. & lib. 13. controv. 55.* Peregr. *de fideicommiſſ. art. 3. numer. 63.* Iure Wirtembergico, ſi quid heres doloſè celaverit, aut amoverit, tenetur univerſa legata præſtare, & omne æs alienum exolvere,

Iaſtly

Landrecht / das Alte. *part. 3. p. 305. verſ.* Doch ob der Erb. Conjunx quoque ſuperſtes ex hac cauſa uſumfructum amittit eorum bonorum, quæ ad liberos aut legitimos heredes defuncti conjugis pertinent. Landrechte / das Alte. *part. 4. p. 332.*

Quòd ſi creditores vel legatarii dolum heredis non planè, ita tamen probârint, ut veriſimilibus præſumptionibus oneretur Reus, tùm Iudex ipſi Reo purgationis juramentum deferre poteſt. 69

Per text. in d. l. ultim §. Licentia 10. ubi Sichard. *num. 6. C. de jure delib. & per text. in c. ſi quis de gradu,* ubi Innocent. *extr. de purg.* Canoniſtę, *& inc. ult. extr. de jurejur.* & per eą, quæ ſcribit And. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſerv. 106. num. 5.* Mynſ. *cent. 2. obſ. 87.* Ioach. à Beuſt. *ad Rubr. ff. de jurejur. num. 195. & ſeqq. & ad l. admonendi. ff. d. t. n. 143.* Atque ita deciſum & judicatum memini in ſuprema curia Wirtembergica, *Anno, 1595. 22. Novemb.*

Sed cautela eſt, & practica hodie recepta, ut heres in initio confectionis inventarii hac utatur proteſtatione; ut ſi quid in inventario deſcribi fecerit, quod eò non pertineat, pro non ſcripto haberi velit: ſi quid item non retulerit in inventarium, quod tamen ad id pertineat, ſe id, quam primùm cognoverit eò pertinere, bona fide in illud relaturum. 70

Franciſc. Procellin *poſt alios in tractat. de inventario, part. 1. n. 21.* 71
& part. 2. num. 4. & 6. Fürſtenthumbs Würtemberg gemein Landrecht / das Alte. *part. 3. pag 305. in fin.* Das New. *part. 3. tit. 22. §. ult. f. 418.* adde Rittershuſ. *in Expoſit. Nov. part. 6. c. 8 n. 11.*

Adhuc de hereditatis adquiſitione: Reſtat omiſſio hereditatis, cujus tres ſunt ſpecies: Abſtentio, repudiatio, & omiſſio. *(a)* Abſtentio eſt amiſſio hereditatis, quæ fit jure Prætorio à ſuo herede, conſtituente ſe nolle heredem eſſe. *(b)*

a) *l. 1 §. Fin ff. ut in poſſeſſ. legator junctâ l quod ſi minor. 24. §. Scævola, ff. de minorib.* Sichard. *ad tit. C. de repud. vel abſt. hered.* (b) *§. ſui autem. verſ. ſed his Prætor. Inſt. de hered. qual. & differ. l. 1. l. 2. C. de repud. hered. d. l. impuberibus. 11. l. ſi duo 38. l. filius 41. l. quoties 44. l. cum hereditate. 55. cum ſeqq. l. ſi metus 85. l. neceſſariis. 87. l. ſi pupillus 89. l. pen. & ult ff. de adquir. hered.* Vipian. *lib. Inſtitut. tit. 22. §. inter neceſſarios, Novell. 119. cap. 6.*

Abſtentionis effectus hic eſt, quod ut commodum hereditatis per 72
eam ſuus heres à ſe removet, ita & incommoda; *(a)* proindeque creditoribus hereditariis non tenetur; *(b)* neque contumeliam diſtractionis bonorum paternorum ſuſtinet; *(c)* & actiones ſuas confuſione amiſſas recuperat: *(d)* atque ſubſtitutis, aut legitimis heredibus locum facit. *(e)*

a) *l. Pro*

a) *l. Proherede. 20. §. Papinianus, vers. nam cum se filius, ff. de adquir. vel omitt. hered.* (b) *d. l. necessariis. 57. in princ ff d t.* (c) *§. sui autem. 2. in fin. Inst. de hered qual. & differ.* (d) *l. cum bonis 37. §. ult. ff. de acquir. hered.* (e) *d l. ait Pretor. 7. §. sed quod Papin ff. de minorib.*

73 Quòd si suus heres post abstentionem repetere malit paternam hereditatem, non impeditur, nisi jam bona venierint à sequente herede, vel à creditoribus; *(a)* quæ tamen & hoc casu, si minor sit, per restitutionem in integrum recuperare potest, & satisfacere creditoribus. *(b)* Nisi item triennium abierit ex eo tempore, quo amplius restitutio in integrum ratione minoris ætatis non indulgetur. *(c)*

a) *l. Si quis sum. 8. ff. de jur. delib. l. quòd si minor. 24. §. Scævola. ff de minorib. l. ultim. vers. hoc corrigentes, C. de repud. vel abstin. hered.* (b) *d. l. ultim. in fin. C. d. t.* quo textu correcta est, *d. l. quòd si minor §. Scævola, ff. de minorib.* Donell. *lib. 7. Comment c. 2. p. 121. lin. 55. & seq.* (c) *d. l. ult. §. sin autem res, & §. seq. C. de repud. vel abst. hered.*

74 Repudiatio est amissio hereditatis, quæ fit ab herede extraneo, constituente etiam nuda voluntate verbis, aut facto declarata, se nolle heredem esse; *(a)* modò heres in ea conditione sit, ut eam hereditatem adire possit. *(b)*

a) *§. Sicut autem nuda. Instit. de hered qualit. & differ. l. 4. l. 5. C. de repud. heredit. l. 2. l. Is, qui, 13. l. nec is. 17. & l. seq. l. in plurimum. 70. l. Illud. 77 l. qui superstiti. 94. l. recusati 95. l. Clodius. 97. ff de adquir. hered.* Dico verbis aut facto declarata, per textum expressum *in d. l. recusari 95. ff. dict. t.* Unde intelligitur, quòd animus, & voluntas repudiantis declarari debeat, sicuti adeuntis voluntas re vel verbo declaranda est, *§. item extraneum. vers. pro herede, Inst. de hered. qual. & differ.* & docet post alios Menoch. *lib. 4. præsumpt. præsumpt. 102.* Duar. *ad Tit. ff de adquir. hered. cap. 9.* & Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 7. pag. 137. vers hanc voluntatem.* (b) *l. 4. l. is potest. 18. l is, qui heres 13. in princip. & §. 1. l. si quis mihi bona 25. §. jussum, l. qui superstiti 93 ff. de adquir. vel amitt. hered.* Duar. *ad eundem t. c. 8.*

75 Quando igitur heres seriò dicit; se nolle hereditatem adire, tunc repudiare eam videtur.

Dict. l. in plurimum 70. §. ultim. l. si servum 71. §. si quis sum. d. l. Recusare 95. ff de adquir. hered. & l. filii 6. §. 1. ff. ad SC. Tertyll. Menoch. *d. præsumpt. 102. n. 5.* Fachin. *lib. 6. controv. c. 49.*

76 Similiter repudiare videtur hereditatem, si dicat heres: Non adibo hereditatem: Vel, profiteor me non aditurum.

l 1. In pr. ff. de curat. bonis dand. l. unus 9. §. 1. ff. quib. ex causis in poss. eat. Fachin. *d. lib. 6. c. 61.*

Sed

Sed his verbis: Credo hanc hereditatem esse respuendam, & mihi 29
non expedire; non censetur etiam post lapsum trium mensium hereditas repudiata.

l. Vlt. §. 1. vers. similiq, modo, si non titubante animo respuendam, C. de jur. delib. Fachin. *d. lib. 6. c. 60.*

Omissione hereditas amitti dicitur, si heres extraneus intra statutum tempus non petat hereditatem: *(a)* quod tempus est triginta annorum spacium, non instantibus creditoribus aut liberis defuncti. *(b)*

a) *l. Quòd si minor 24. §. Scævola, ff. de minoribus, l. 1. §. ultim. ff. ut in possess legat. l. un. C. quando non petent. part. petentib. accresc.* Cujac. *in Paratitl. ff. de adquir. vel amitt. hered* Verbum quidem OMITTERE interdum idem significat, quod amittere, *ut Tit. ff. si quis omissa causa testament.* Sed omittere est proprie excludi temporis silentio, *d. l. 24. §. Scævola, ff. de minorib. & d. l. 1. §. ult. ff. ut in poss legat.* Cujac. *in Parat ff. de adquir. hered.* (b) *l. 1. C. de suis & legit. heredib. l. si curatoris 9. C. de jure delib.* Cujac. *in Paratitl. C. dict. titul* Duaren. *ad titul. de adquir. hered. cap. 9. vide quoque* Donell. *lib. 7. Commentar. cap. 4. in fin. & cap. 7. pag. 137. in pr.*

Repudiationis & omissionis effectus est hic: quod heres nunquam ad eandem hereditatem admittitur.

Denique observandum est hoc loco, aliud esse repudiare hæreditatem, eamve omittere, aliud item recusare hæreditatem.

Recusatur hæreditas, quæ jam acquisita est, *l. si filius. 12. ff. de vulgar. & pupill. substitut. & l. 1. §. Decretalis. ff. de success. edict. l. 4. C. de rep. vel abstin.* Anton. Faber. *decad. 34. error pragmat. error. 4.* 30

31

CLAS. III. DISPUT. XII.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

THESIS I.

DE prima quasi contractus specie hactenus; Secunda sequitur in bonorum possessionis petitione & agnitione. *(a)* In hac autem

Digitized by Google

spectamus, tùm quid sit bonorum possessio, & quomodo ea deferatur: tùm ipsam petitionem bonorum possessionis, & ejus petitæ effectum: tùm denique amissionem bonorum possessionis.

a) Vide *thes. 2. Disp. 1. hujus Classis.*

2 Bonorum possessio, definitore Vlpiano, *(a)* est jus *(b)* persequendi, *(c)* retinendique *(d)* patrimoni, sive rei, *(e)* quæ cujusque, cùm moritur, fuit. *(f)*

a) *l. 3. §. Bonorum igitur possessionem ff. de bon. poss.* Cœpen. *lib. 1. observat. 178.* Vt enim hæreditas, sic & bonorum possessio juris est nomen. *l. hereditatis appellatio. 119. ff. de verb. signif.* quippe cùm non res singulas, sed universitatem quandam ac jus successionis demonstret *l. bonorum appellatio. 49. ff. d. t. d. l. 3. in pr. ff. de bon. possess.* proindeque commoda hæreditaria tribuat. *l. 1. d. l. 3. in princ. ff. d. t.* & quandoque simpliciter absolutè hæreditas dicatur, *l. ultim. C. qui admitti ad bon. poss poss.* & hereditatis appellatione bonorum possessio contineatur, *l. hereditatis appellatione. 138. ff. de verb. sign.* & bonorum possessores in omnibus vice hæredum haberi dicantur, *l. 2. ff. de bon. poss.* (c) In hoc differt bonorum possessio ab hæreditate. Hæreditas est jus, quod delatum sibi hæres privatim adquirere potest: At bonorum possessio est jus, quod quis publicè coram judice, puta prætore vel alio quovis judice persequi tenetur. *l. ultim. C. qui admitti ad bon. poss.* Paulus Christin. *vol. 4. decis. 1.* (d) Datur enim bonorum possessio non solùm ei, qui possidet res defuncti ad eas retinendas *l 3. §. parvi & §. seq. ff. de Carb. edict.* (e) Sic in lege Falcidia conjunguntur pecuniæ & rei appellatio *l. 1. in primo ff. ad leg. Falcid.* eò quòd latior est appellatio rei, quàm pecuniæ & patrimonii, *l. rei appellatio 5. & l. rei appellatione 23. ff. de verb. signif.* Et bonorum possessio continet non tantùm commoda, sed & incommoda, ut antea dixi; ut proindè necesse fuerit in definitione rei mentionem fieri. *(f)* Vt viventis nulla est hereditas, *l. neminem 27. ff. de adquir. hered.* Ita nec bonorum possessio viventis est: Quia hæc in omnibus vicem hæreditatis habet, *l. 2. ff. de bonorum possess.* Nihil tamen interest, sive bonorum possessio, una voce, an duabus, sive item bonorum possessio, aut possessio bonorum, dicatur, Nullibi enim hæc verborum discrimen Legibus observatur. *l. si minor. 61. ff. de acquir. hered.* Forster. Senior. *de succession. ab intestat. lib. 2. c. 24. num. 11.* Oldendorp. *class. 5. action 6. in princ. Ego ad tit. Inst. de bon. poss. n. 28.* contra Schneidew. & Mynsi. *loc. citatis*

3 Defertur autem bonorum possessio vel edicto prætoris: *(a)* vel jure civili: *(b)* vel decreto magistratus. *(c)* Prima dicitur ordinaria bonorum possessio: utraque posterior bonorum possessio extraordinaria appellatur. *(d)* Item prima dicitur edictalis. *(e)* Tertia appella-

tur

tur decretalis (f) bonorum poſſeſſio. Edictalis quod prætoris edicto defertur: Decretalis quod decreto magiſtratus defertur. (g) Vnde media illa civilis nominari poteſt. (b)

a) *Inſtit. de bonor. poſſeſſ. in pr. l. bonorum. 7. in fin. C. qui admitti ad bonor. poſſeſſ.* Graſſ. *recept. ſententi. §. bonorum poſſeſſ. quæſt. 1. n. 2.* (b) *l. unic. in princ. & §. ult. ff. ut ex legib. ſenatuſve conſultis bon. poſſ. detur, l. 3. ff. unde legitimi.* Et jus civile hîc rectè opponimus juri ſive edicto prætorio, *per l. jus autem. 7. ff. de juſt. & juſt.* (c) *l. 1. §. decretalis ff. de ſucceſſ. edict.* (d) *§. aliam verò, ibi, poſſeſſiones ordinarias, & §. ſeptima, ibi, extraordinarium auxilium, Inſt. de bon. poſſ. l. 3. §. penult. & ultim. ff. de Carbon. edict. l. 5. §. 2. ff. de leg. præſt.* (e) *l. 1. §. 4. in fin. ff. ſi tab. teſtam. null. extab.* (f) *d. l. 1. §. decretalis, ff. de ſucceſſ. edict.* (g) De Edictali vide Fachin. *lib. 5. controv. 72.* Decretalis quidem etiam ex edicto datur; quippe cum Carboniana, quæ decretalis eſt, eo edicto dari dicitur, *l. cum mulier. 10. l. quæritur. 14. ff. de Carb. edict.* At non defertur edicto, ſed ipſo decreto primam defertur, *d. l. 1. §. Decretalis ff. de ſucceſſ. edict.* Vnde ex ipſa delatione edictalis à decretali diſtinguitur. Sed alii aliter hanc ab illa ſeparant, ut oſtendit quoque Fachin. *lib. 5. cap. 75.* (b) Nam jure civili defertur, *l. unic. in fin. ff. ut ex legibus Senatuſconſulti bonor. poſſ. detur.* Quod jus civile opponitur juri prætorio, *l. 7. in princ. & §. 1. ff. de juſt. & jur.* vide Treutler. *vol. 2. diſputat. 15. theſ. 2.* ubi Hunn. *quæſt. 9.* Bachov. *pag. 921. & ſeqq.*

Ordinaria bonorum poſſeſſio eſt, quam apud prætorem de plano petunt & agnoſcunt hi, quibus jure civili, vel teſtamentaria, vel legitima hereditas eſt delata. 4

Dict. l. 1. §. penult. ff. de bonor. poſſeſſ. & l. 2. §. 2. ff. quis ord. in bonor. poſſ. ſerv. Olim prætor dabat quoque bonorum poſſeſſionem ei, cui jus civile hereditatem non deferebat, veluti filio emancipato, *§. emancipatos. Inſt. de exhered. lib.* Sed hodie etiam jure civili emancipato defertur hæreditas. *Nov. 118. cap. 1. & 4.*

Eſtque duplex: aut enim competit, condito teſtamento; aut inteſtato defuncto. 5

l. Sed cum patrono. 6. §. 1. ff. de bonor. poſſeſſ. l. 1. ff. ſi tabul. teſtament. nulla extab. l. in plurium 70. in princ. verſ. idem juris, ff. de adquir. vel amitt. hareditat.

Condito teſtamento, quæ competit bonorum poſſeſſio, vel eſt contra teſtamentum ſive voluntatem defuncti, vel eſt ſecundùm voluntatem defuncti. (a) Illa dicitur bonorum poſſeſſio contra tabulas, (b) ſi ſcriptum ſit teſtamentum; vel contra nuncupationem, (c) ſi nuncupativum ſit teſtamentum. Hæc verò appellatur bonorum poſſeſſio ſe- 6

cundùm tabulas: (*d*) vel secundùm nuncupationem. (*e*) Item illa dicitur peti ex prima parte edicti, item ex primo edicto: Hæc verò ex sequenti parte edicti. (*f*)

a) *Dict. l. sed cum 6. §. 1. ff. d. t.* (b) *§. sunt autem bonorum possessiones. 3. Instit. de bonor. poss. & t. 1. ff. & C. de bon. poss. contr. tab.* (c) *l. 1. C. dict. titul.* (d) *d. §. sunt autem bonorum possessiones 3. Institut. hoc titul. & tot. titul. ff. & C de bon. poss. secundum tab.* (e) *l. 2. C. dict. t.* (f) *l. 4. & l. scriptus 12. ff de Carbon. edict.*

7 Bonorum possessio contra tabulas, sive contra nuncupationem competit tùm liberis, tùm patronis contra testamentum parentum, vel libertorum: Et quidem liberis præteritis, non suis tantùm hæredibus, sed & emancipatis, vel aliàs potestate patria liberatis, & quidem ex ordine, quo vocantur jure civili, ad rescindendum parentis testamentum.

Dict. §. sunt autem bonorum possessiones 3. Institut. h. tit. §. emancipatos. Inst. de exhered. liberor. l. 1. §. 1. §. & sui l. quòd vulgò. l. penult. §. legata ff. de bon. poss contra tab. l. ii, qui 15. ff. de legat. præstand. l. 1. & 2. C. de bonor. poss. contra tabul. quam prætor liberis pollicetur, ubi Cujac. *in Paratitl.* vide *supr. hac classi. disputat. 3. thes. 17.* Donell. *lib. 6. Commentar. jur. civil. capit. 13.*

8 Atque hoc modo si rescindatur testamentum, sui quidem hæredes nullis præstant legata; emancipati verò ea præstant, si liberis aut parentibus, aut nurui dotis nomine relicta sint: (*b*) extraneis non præstant. (*c*)

a) *Dict. l. ii qui. 15. ff. de legat. præstand. d. l. pen. §. legata ff. de bon. poss. contra tabul.* (b) *l. 1. 2. 3. 4. l. ultim. l. ii, qui 15. §. 1. ff. de legat. præstand.* (c) cùm enim nullo jure novo cautum sit, ut his quoque relicta legata emancipatus præstet, certè ex regula juris veteris, de quo totus est *dict. titul. ff. de legat. præstand.* his relicta legata non debentur, *per l. præcipimus. in fin. C. de appellationibus.* Atque ita sentit quoque Cujac. *in Paratitl. ff. de legat. præstand.* At dissentit Azo *ad t. C. de bon poss. contr. tab. in fin.* & eum secutus Wesemb. *in Parat. ff. de legat. præstand. per Nov. 115. c 3. in fin. & c. 4. in fin.*

9 Substitutionem tamen pupillarem hæc bonorum possessio non vitiat. Unde etiam legata, quæ ab ipso impuberis substituto data sunt, licèt extraneis, debentur.

l. Ex duobus 34. §. ult. ff. de vulg & pupill. substit. l. filium. 5. in princ. vers. fin verò a substituto, ff. de legat. præst. vide *supr. hac class. disp. 5. th. 82. & disput. 9. thes ultim.*

10 Quòd si ab ipso impubere, ex uncià instituto, legata sint relicta,

tunc

tunc ejus ſubſtitutus, reſciſſo per bonorum poſſeſſionem teſtamento, ex illâ tantùm unciâ præſtat legata, extraneis ſi fuerint relicta: at data ſi ſint exceptis perſonis, puta liberis & parentibus, tunc ex ſemiſſe, in quem ſubſtitutus loco impuberis ſuccedit, legata illa præſtat.

l. Ultim. §. ſi filius ex uncia. ff. de legat. 3. & d. l. 5. §. 1. ff. de legat. præſtand. Anton. Faber. *libr. 5. conjecturarum, c. 1.* Cujac. *tamen ad d. l. 5. ff. d. t. pag. 966. col. 2. in fin. & pag. ſeq.* tradit, quod hic ſubſtitutus ne quidem ex illa uncia extraneis perſonis legata præſtet.

Exheredatis autem liberis hæc bonorum poſſeſſio non datur, ſed illis ad querelam inofficioſi teſtamenti recurrendum erit. 12

l. Non putavit. 8. in pr. ff. de bon. poſſ. contra tabulas. l. 8. §. fin. ff. de inoffic. teſtament.

Patrono datur bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti, ſi hic & major ſit centenario, & liberos non habeat, aut habeat quidem, ſed qui exheredati vel præteriti querelam inofficioſi teſtamenti efficaciter movere non poſſunt, ad conſequendam tertiam partem bonorum defuncti liberti. 13

§. Sed noſtra. verſ. ſi verò teſtamentum quidem, Inſtitut. de ſucceſſ. libert.

Bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas vel nuncupationem eſt, quæ competit hæredibus juſto teſtamento ſcriptis vel nuncupatis. (a) Eiq; locus eſt, quando contra tabulas vel contra nuncupationem petita & occupata bonorum poſſeſſio non eſt. (b) 13

a) *§. Sunt autem 3. ibi, ſecunda, quam omnibus. Inſtitut. de bonor. poſſeſſionib. & tot. ff. & C. de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas.* (b) *l. 2. in princip. & § hi demum. 6. ff. d. tit. l. 2 ff. de bonis libertor. l. ſcriptum. 12. ff. de Carbon. edict.*

Sufficit autem extare tabulas, etſi non proferantur, ſi certum ſit, eas extare: non enim opus eſt aperire eas, ut bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas agnoſcatur. 14

l. 1. §. Sufficit autem. ff. de bon. poſſ. ſecund. tab.

Et hanc bonorum poſſeſſionem petere poteſt etiam alienus poſthumus; (a) quippe cùm non jure prætorio, (b) ſed & jure civili, (c) heres rectè inſtituatur. 15

a) *l. 3. ff. De bon. poſſ. ſecund. tab.* (b) *§. 1. Inſt. de bon. poſſ.* (c) *§. poſthumo quoque alieno, junctis. § ſed nec hujuſmodi ſpecies, & §. poſthumum autem,* ubi vide Cujac. & Weſemb. *Inſt. de legat.* Donell. *lib. 6. Comment. c. 11. p. 24. & lib. 8. c. 8. p. 239.*

Petere quoque poteſt hanc bonorum poſſeſſionem is, quem duobus filiis impuberibus inſtitutis, pater ſupremo morienti ſubſtituit, licèt 16

Digitized by Google

non apparent, uter illorum filiorum novissimus decesserit, (a) ut & is filius, quem pater instituit heredem eo tempore, quo apud hostes erat. (b)

a) l. Qui ex liberis 11. in princ. ff. de bonorum possess. secundùm tabul. (b) d. l. 11. §. 1 ff. d. t.

17 Vt autem scriptus heres agnoscere possit hanc bonorum possessionem, exigendum Paulus putat, ut demonstratus sit heres, non quidem nomine proprio, sed propria demonstratione, (a) id id proprio & indubitabili signo, propria nota demonstrationis, quæ vice nominis fungatur: quippe cùm aliàs institutio non valeat. (b)

a) l. Vlt. in pr. ff. d. t. (b) l. quoties 9. §. si quis nomen, & §. seq. ff. de hered. institut.

18 Hinc si heredis nomen licet inconsultò ita sit deletum ante prolatas tabulas, ut penitus legi non possit, bonorum possessio ex illis minimè dari potest.

l. Vnic. ff. si tabul. testament. extab. qui titulus quidem pertinet ad bonorum poss. contra tab. At lex sub eo posita pertinet ad solam hanc bonorum possess. secundum tabul. ut post Accursium scribit Cujac. ibidem.

19 Idem Paulus & hoc exigi putat, ut certa sit portio, ex qua heres scriptus est: non quidem ut sit expressa, sed ut facilè intelligi & inveniri possit: ut si institutus sit sine parte, aliis quibusdam heredibus, certis ex partibus scriptis.

Dict. l. ult. ff. de bon. poss. secundum tab.

20 Sequitur de bonorum possessione, quæ defuncto intesto competit alicui. Et huic locus est, si neque contra tabulas neque secundum tabulas bonorum possessio agnita fuerit; (a) cujus species ex jure Institutionum hæ sunt: Bonorum possessio unde liberi: Bonorum possessio unde legitimi: Bonorum possessio unde cognati; & bonorum possessio unde vir & uxor. (b) Ex jure verò novissimo hæ tantùm: Bonorum possessio unde liberi, Bonorum possessio unde legitimi, & bonorum possessio unde vir & uxor. (c)

a) l. 1. In pr. & §. ita autem. ff. si tabul. testament. nulla extab. unde liberi, l. in plurium 70. in pr. vers. idem juris est, ff. de adquir. vel amitt. hered. (b) §. sed eas quidem, & §§. seqq. Inst. de bon. poss. (c) Nam ex constitutione Iustiniani omnes cognati legitimi effecti sunt heredes, & una cum agnatis succedunt. Nov. 118. c. 4. Nullam verò. adde Me ad tit. Instit. hic num. 55. p. 93.

21 Bonorum possessio unde liberi est, quæ parentibus intestatis mortuis competit liberis eorum, (a) non solùm suis, sed & emancipatis;

tis; (b) niſi hi fuerint adoptivi. (c) Et licet olim emancipatis hæc bonorum poſſeſsio neceſſaria erat, ſuis non item: (d) hodie tamen nec emancipatis eſt neceſſaria; ſiquidem & hi ex Iuſtiniani conſtitutione ad parentum hereditatem vocentur. (e)

l. 1. §. Rectè. ff. ſi tab. teſtament. nulla extab. (b) *l. 1. in fin. ff. quis ordo in bon. poſſ. ſervetur, l. 4. l. 5. ff. ſi tab. teſtam. nulla extab.* (c) *d. l. 4. ff. dict. t.* (d) *§. Emancipati autem liberi. Inſtit. de hered. quæ ab inteſtato deferuntur, l. quemadmodum 7. ff. de inoffic. teſtament.* (e) *Nov. 118. cap. 1. ibi, ſive ſub poteſtate defuncti, ſive ſuæ poteſtatis inveniantur. Item, ibi, ſive ſuæ poteſtatis, ſive ſub poteſtate conſtituti, & c. 4. ibi, ſive per emancipationem,* diſſentit Cujac. *ad d. Nov. 118. in pr.*

Sed antiqua, multùm dubia & difficilis eſt quæſtio, inter Bulgarum & Martinum, alioſvè magnopere agitata, utrùm dos profectitia, ſi filiafam. relictis liberis in matrimonio deceſſerit, ad patrem revertatur, an verò ipſis filiæ mortuæ liberis relinquatur? Nos cum Martino exiſtimamus, denegandam hoc caſu patri dotis repetitionem, & eam relinquendam eſſe liberis, (a) & quidem ejus partem jure communi: (b) partem verò quaſi ex tacitâ pactione. (c)

a) Per textum *in l. poſt dotem 40. ibi, & poſtea filia ſine liberis deceſſerit, ff. ſoluto matrimon. l. ſi pater 12. in princ. l. inter 26. §. cum inter. ff. de pact. dotalibus.* Facit huc, quod ut caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe peculium proprium eſt filiifam. pleno jure. §. *igitur liberi Inſtit. per quas perſ. cuiq; adquir. l. ultim. ff. ad Senatuſconſult. Trebell & l. 2. ff. ad Senatuſconſult. Maced.* Sic & filiæfam. proprium eſt patrimonium ipſa dos, licet profectitia, *l. 3. §. Ergo etiam ff. de minoribus*, eamque ipſa filia proprio jure habet, *l. pater filiam 14. in pr. ff. ad legem Falcidiam*: ſive ut Papinianus ait, ſuo jure. *l. ſi ſocius 81. ff. proſocio.* Siquidem à bonis patris planè abſceſſerit. *l. 1. in fin. ibi, quia in bonis non eſt. ff. de dotis collat. & dict. l. pater filiam 14. in pr. ibi, quia dos in hereditate patris non inveniretur. ff. ad leg. Falcid.* Vt proinde ſicut filiusfam. ex caſtrenſi peculio litigat cum patre *l. lis nulla 4. ff. de judic.* Ita quoque filiafam. ex dote etiam profectitia cum patre litigare poſſit. *d. l 3. §. Ergo, ff. de minoribus.* Meritò ergo filiæfam. defunctæ dos etiam profectitia ad ejus liberos, tanquam hæredes, pertinet. *l. un. §. illo proculdubio C. de rei uxor. act. & Nov. 117. cap. 1. verſ. licet enim, ibi, an illis videlicet rebus, quæ ſecundùm noſtras alias leges patribus non adquiruntur.* Huc quoq; maximè confert *l. jubemus. 11. §. 1. verſ. hoc lucro. & verſ. ſeq. C. de repudiis.* Adhæc q̃ in contractu aliquo adponi ſolet, ea pro adpoſitis habentur, licèt nominatim adjecta non ſint. Nam fructus ruſtici prædii locati tacito jure ſunt obligata locatori, licèt de pignore nihil dictum ſit, *l. in prædio ff. in quibus cauſis pign. tacitè contrah. l. 3. C. dict.*

dict. titul. Eò quòd Populo Romano in moribus positum fuit, fructus illos expresso pacto obligare. *l. si servo XI. §. locavi, ff. de furtis.* Hinc etiam res inductæ & illatæ in prædium Urbanum tacito pacto pignori sunt locatori, *l. 4 ff. de pactis.* Et quia frequens est stipulatio duplæ in venditione mancipii, idcircò in duplum agi potest, etiamsi venditor duplum non caverit. *l. quod si nolit 31. § quia assidua. ff. de AEdilit. edict. juncta leg. emptori 37. §. 1. & 2. ff. de Evict.* Quia item in hypotheca generali ita caveri solet, ut bona futura sint pignori, *l. ultim. C. de remiss. pign.* Ideoque hæc etiam pignori obligata censentur, quamvis nominatim facta eorum mentio non sit, *l. ultim. Cod. quæ res pign. oblig.* Cùm ergo assidua & frequens illa in dotis constitutione inter socerum & generum interponatur pactio, ut si filia in matrimonio decesserit sine liberis, dos profectitia ad patrem redeat, *l. 2. l. Babius 30. ff. de pact dotal.* Qua pactione & illud simul agitur, ut intervenientibus liberis dotis repetitionem pater non habeat, *l. inter socerum 26 § cùm inter, & d. l. Babius 30. ff. dict. titul. l. 1. §. 1. ff. de dote præleg. & l. si cùm dotem 22. in pr. & d. l. post dotem 40. ff. solut. matrim.* certè licèt hoc pactum expressè appositum non sit, pro appositio tamen haberi potest. Cujac. *ad African. tractat. 8. in explicatione, d. l. si servus communis 61. §. locavi, ff. de furtis.* Præterea patri datur profectitiæ dotis repetitio mortuâ filiâ in matrimonio, ut ei dos ipsa sit solatii loco, & ne tùm filiæ amissæ, tùm dotis damnum sentiat, *l. jure succursum 6. in pr. ff. de jur dot.* Sed nepotes ex filia sunt patri loco filiæ, *per l. uxorem 41. §. concubinæ. ff. de legat. 3. l. 3. §. si emancipatus 5. ff. de bonor. poss. contra tab. l. 6. §. 1. ff. de hered. Instit.* quippè cùm sint pars corporis materni, *l. cùm ferus 22. in fin. C. de agric. & censit.* Non igitur omninò intelligitur pater filiam amisisse, qui ex ea liberos habet. Proindeque dotis repetitionem non habet extantibus ex filia liberis. Accedit huc & illud, quod nepotes quoque ex filia profectitiam matris dotem avunculis suis conferre dicuntur *l. nepotes. C. Theodos. de legit. hered. l. illam 19. C. de collat.* Unde sequitur, quòd priùs etiam superstite avo materno in dotem profectitiam matri suæ successerint. Quòd si enim mortuâ filiâ recepisset pater profectitiam dotem, non possent eam nepotes ex ipsa filia avunculis suis conferre. Denique hæc Martini optimo usu quoque prævalet, & servatur, ut testis est gloss. *in d. l. unic. §. fileat. C. de rei uxor. action. & in l. 4. C. solut. matrimon* Item Bart. *in l. post dotem 4. num. 29. in fin. ff. solut. matrim.* licèt ibi Bulgari contrariam opinionem amplectatur. Cujac. *quoque ad African. tract. 8. in explicat. d. l. si servus communis, §. locavi, ff. de furt. mihi pag. 441.* moribus receptam esse & comprobatam Martini opinionem scribit. Consuetudo autem optima legum interpres dicitur, *l. si de interpretatione 37. ff. de ll. c. cùm dilectus,*

tus, ext. de conſuetud. Sed præter alios hanc Martini receptam ſententiam rejiciunt quoque Ant. Fab. *lib. 1. conjectur. jur. cap. 16.* & Fachinæ. *lib. 3. controverſ. c. 71.* (b) Vlp. *in Inſt t. 6. de dotibus. §. Mortua*, Duar. *ad l. ſi dotali 48. ff. ſolut. matrim.* Facit huc, quòd dos profectitia patri & filiæ communis eſſe dicitur, *l. 2. §. 1. & l. ſi cùm dotem 22. §. 1. ibi, exactam communem dotem, ff. ſolut. matrim.* (c) Quia enim Populus Romanus ſolitus fuerit ſtipulari, aut paciſci profectitiam dotem reddi, nullis ex filia, in matrimonio mortua, liberis exiſtentibus, hodie id ſemper tacitè actum in conſtitutione dotis videtur, ut antea oſtendi.

Bonorum poſſeſſio unde legitimi eſt, quæ deficientibus defuncti liberis competit his, qui jure civili ad hæreditatem inteſtati vocantur: *(a)* quorum tres ſunt ordines; Primus eſt aſcendentium, ſeu parentum *(b)* defuncti; Secundus cognatorum ex tranſverſo ſive latere, ut ſunt agnati & cognati ipſius defuncti; *(c)* Tertius eſt quorundam extraneorum, quales ſunt tum libertis ſine prole defunctis, patronus, patrona, & horum liberi, tum conſortes. *(d)*

a) *l. 2 §. Fin. & l. 3. & t. t. ff. unde legitimi. & t. t. C. eod.* (b) Deficientibus defuncti inteſtati liberis, ad ejus hereditatem jure civili vocantur parentes, *d. Nov. 118. c. 2. Authent. defuncto C. ad Senatuſconſult. Tertyllianum, l. 3. § ſin autem C. de bonis quæ liberis*: idque ratione pietatis & miſerationis. *l. Nam etſi 15. in princ. ff. de inoffic. teſtament. l. ſcripto 7. §. ultim. ff. Si tabul. teſtament. nullæ extab. unde liberi.* (c) Non extantibus defuncti parentibus, ejus agnatis & cognatis proximis hæreditas illius jure civili defertur. *d. Novell. 118. cap. 3.* Olim quidem agnati præferebantur, quibus demum deficientibus cognati admittebantur: Vnde alia erat bonorum poſſeſſio, unde legitimi, alia unde cognati, *tit. C. de bonor. poſſ. unde legit. & unde cognati, tit. ff. unde legit. & tit. unde cognati.* Sed ut quondam in ordinem agnatorum ſive legitimorum hæredum quidam etiam ex cognatis vocabantur, § *Hoc etiam addendum. & §. ultim. Inſtitut. de legit. agnat. ſucceſſ. t. Inſt. de Senatuſc. Tertyll. & tit. de Senatuſc. Orphitiano*: Vnde & illis, licèt cognati eſſent, bonorum poſſeſſio unde legitimi dabatur, argum. §. *Et primo loco Inſtitut. de bon. poſſ.* Sic Iuſtiniani legiſlatione in agnatorum ordinem vocantur generaliter omnes cognati. *d. Novell. 118. c. 4.* Vt proinde cognatis hodie etiam bonorum poſſeſſio unde legitimi competat, & ſupervacua ſit bonorum poſſeſſio unde cognati, *arg. §. Quæ autem in prætoris edicto Inſt. de bon. poſſ.* (b) Hi enim Iuſtiniani conſtitutione ad liberti ſine liberis defuncti hæreditatem vocantur. §. *ſed noſtra conſtitutio. Inſt. de ſucceſſ. libertorum.* Proindeque & his bonorum poſſeſſio unde legitimi datur. §. *Cumq; antea fuerat. Inſtitut. de bon. poſſ.* (c) De his vide ſuperiori diſputatione. X. *theſ. 59. & ejus fun-* 23

damenta. Et quia lege consortis intestatò defuncti hæreditas consortibus defertur, hisce etiam bonorum possessionem unde legitimi competere, nihil est quod dubitemus, *per §. secundò legitimis, & §. cumq; antea Inst. de bon. poss. l. 3. & t. t. ff. & C. unde legitimi.*

24 Bonorum possessio, unde vir & uxor, est, qua deficientibus liberis, & legitimis hæredibus, conjunx ad defuncti, vel defunctæ conjugis hæreditatem admittitur.

l. Vnic. C. unde vir. & uxor. & l. unic. ff dict. titul. Conjunx tamen, licèt non præferatur cognatis, & patronis, cæterisque legitimis quibusdam hæredibus; præfertur tamen consortibus, *l. si quis Presbyter, 20. ibi, vel uxor extiterit. C. de Episcop. & Cler.* Cujac. *in lib. 16. Responsor. Papin. pag. 583. col. 1.* Donell. *libr. 9. Commentar. cap. 1. pag. 398. vers. quòd si neque cognati.*

25 Interdum tamen & liberis, vel agnatis, aut cognatis existentibus, superstes conjunx defuncto conjugi succedit. Si enim superstes inopiâ laboret, & defunctus locuples fuerit, tunc huic illa succedit: & quidem in quartam partem usufructus, si præmortuus tres vel pauciores reliquerit liberos: vel in partem virilem, si plures reliquerit liberos: aut si nullos liberos reliquerit, in quartam partem totius substantiæ pleno jure. *(a)* Idem quoque dicimus de superstite viro, si ille inopiâ præmatur, & defuncta conjunx locuples fuerit. *(b)*

a) *Novell 53. cap. 6. Quoniam, & Novell. 117. cap. 5. Quia verò legem. Auth. praterea. C. unde vir. & uxor.* (b) *d. Novell. 53. c. 6. vers. Ita si vel perduraverint, ibi, similiter quidem in viris, similiter autem in mulieribus.* Atque ita sentit etiam gl. *in l. licet 27. C. de jure dot. & in d. Novell. 117. c. 5. Quia verò legem, in verb. in talibus.* Item Cyn. & Bald. *num. 5. in d. Auth. praterea C. unde vir. & uxor.* Non obstat, quod Iustin. Imp. *in d. Nov. 117. cap. 5. vers. virum enim &c.* prohibet, virum omnibus modis quartam ex substantia mulieris accipere. Ille enim versiculus pertinet non ad utramque capitis illius quæstionem, sed tantùm ad sententiam proximè præcedentem, quæ est de muliere irrationabiliter exclusa, uti arguit tùm illa particula, ENIM, tùm verb. SECUNDUM PRIOREM NOSTRAM LEGEM, quibus respicit Iustin. *l. ult. C. de repud.* tùm etiam textus *in Novell. 127. c. 4.* ubi reducit in usum Iustin. *l. ultim. C. de repud.* correctam *per Nov. 117. c. 5. in fin.* Neque hanc interpretationem vitiat, quod ait. Iustin. in TALIBUS CASIBUS. Nam ut alibi horrida est oratio Novellar. ita eo loco, ubi pro talibus casibus, dici debuit, TALI CASU quo scilicet irrationabiliter exclusa est mulier.

26 De bonorum possessione ordinaria hactenus: Extraordinaria bonorum possessio, ut quæ non Prætoris edicto jure ordinario defertur, duplex

Digitized by Google

plex eſt: Vna, quam jus civile, puta lex, vel Senatuſconſultum alicui nominatim defert. *(a)* Altera, quam decretum magiſtratus cauſa cognita defert alicui: unde bonorum poſſeſſio decretalis appellatur. *(b)*

a) *l. Vn. ff. ut ex legibus, Senatuſc. l. 3. ff. unde legit. & §. ſeptima eas ſecuta. Inſt. de bon. poſſ.* Scribit autem Cujac. *ad l. 6. ff. de pactis*, quòd nondum quiſquam extiterit, qui hujus bonorum poſſeſſionis idoneum exemplum protulerit, Graſſ. tamen *in recept. ſentent. §. Bonorum poſſeſſio, quæſt. 29.* tale exemplum adfert: Si per Cæſaream conſtitutionem in aliquo Collegio, ut univerſitate ſeniori deferatur ſucceſsio collegæ defuncti, excluſis agnatis & cognatis. Atqui hoc exemplum huc pertinere non puto, niſi ipſa bonorum poſſeſsio nominatim fuerit delata, uti textus prius adducti abundè arguunt. Non tamen hæc bonorum extraordinaria poſſeſsio impedit ordinariam, unde legitimi. *d. l. 3. in fin. ff. unde legit.* (b) *l. 1. §. Decretalis. ff. de ſucceſs. edicto. l. 3. §. pen. ff. de bon. poſſ. & l. 2. §. 1. & 2. ff. quis ord. in bon. poſſ. ſerv.*

Decretalis bonorum poſſeſsionis ſpecies hæ tres ſunt: CARBONIANA, quæ datur liberis impuberibus, quibus fit controverſia ſtatus, & bonorum paternorum, interquieſcente omni adverſus eos lite ſtatus & hæreditatis paternæ, donec in ſuam tutelam venerint. *(a)* Ea quæ impuberi, nec parentem, nec tutorem habenti datur, maximè ex conſtitutione Theodoſii: *(b)* Item ea, quæ de ſententia veterum placuit admitti, cum filius emancipatus inſtitutus eſt, præterito eo poſthumo, qui putabatur eſſe in ventre, cùm mulier non eſſet prægnans. *(c)* 27

a) *Tot. tit. ff. & C. de Carbon. edict.* (b) *l. ſi infanti 18. in fin. C. de jure delib.* (c) *l. 4. §. ultim. & l. 5. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tab. & l. ventre 34. ff. de adquir. vel amitt. hered.* De his tribus bonorum poſſeſsionis ſpeciebus vide Donell. *libr. 7. Comment. c. 14. p. 168. & ſeq.* De tertia vide quoque Cujac. *in lib. 16. q. Pap. p. 402. & ſeqq.*

Cognito, bonorum poſſeſsio quomodo deferatur; diſpiciendum 28
deinceps de bonorum poſſeſsionis petitione, & ejus petitæ effectu. Petere *(a)* bonorum poſſeſsionem aliàs dicitur poſtulare *(b)* bonorum poſſeſsionem, aliàs agnoſcere *(c)* bonorum poſſeſsionem, aliàs admittere *(d)* bonorum poſſeſsionem. Eaque petitione, poſtulatione, agnatione, & admiſsione, quis hæreditatem, id eſt, bonorum poſſeſsionem defuncti amplectitur, *(e)* adquirit, *(f)* accipit, *(g)* & in jus defuncti ſuccedit. *(h)* Decretalis tamen bonorum poſſeſsio ſola petitione & agnatione non adquiritur, ſed decreto magiſtratus primùm defertur, & adquiritur. *(i)*

a) *l. Penult. ibi bonorum poſſeſsionem petiiſſe, & qui admitti ad bonorum poſſ. poſſ. l. 2. C. de bon. poſſ. ſecund. tab. l. 2. C. de bon poſſ. contr. tab. quam*

prætor. lib. pollicetur. (b) *l. ultim. ff. de bon. poss.* (c) *l. 3. l. 5. l. 6. l. 7. C. qui admitti ad bon. poss. poss.* (d) *l. ultim. ff. de bon. poss. furioso.* (e) *l. ultim. C. qui admitti ad bon. poss. poss.* (f) *l. 3. §. adquirere quis. ff. de bon. poss.* (g) *l. 1. C. de success. edict.* (h) *l. cùm quidam 14. in fin. ibi, agnoviſſe ſucceſſionem, ff. de bon. poss.* (i) *l. 1. §. Decretalis ff. de success. edict.*

29 In petenda autem bonorum possessione, spectamus, tum qui petere eam possint: tum intra quod tempus ea sit petenda: tum etiam quomodo ea peti debeat.

30 Petere autem bonorum possessionem possunt, & qui hæreditatem adire, & capere possunt, (*a*) veluti municipia, societates, (*b*) pater infantis, (*c*) pupillus authoritate tutoris. (*d*) Procurator ejus, cui delata est bonorum possessio, (*e*) filiusfamiliàs etiam ignorante (*f*) & invio patre, (*g*) ut & fœmina & servus, (*h*) item curator nomine furiosi, (*i*) tum etiam mutus, surdus, cæcus, si quod agatur, intelligant, (*k*) non autem is, quirei capitalis damnatus est. (*l*)

a) *l. Non est ambigendum 12. §. ultim. ff. de bon. poss.* (b) *l. 3. §. à municipibus, ff. dict. t.* (c) *l. servus 7. §. 1. ff. eodem. l. 1. ff. de bonor. poss. furioso, l. si infanti 18. C. de jure delib.* (d) *d. l. 7. §. 1. ff. de bonor. poss.* (e) *d. l. 3. §. à municipibus, vers proinde sive actor, & §. adquirere. ff. d. t.* (f) *l. 1. C. qui admitti ad bon. poss. poss.* (g) *l. ultim. in pr. vers. sive è contrario C. de bonis, quæ liberis.* (h) *d. l. servus 7. in pr. ff. de bon. poss.* (i) *l. 1. ff. de bonor. possess. furioso.* (k) *l. 2. ff. dict. titul.* (l) *l. edicto 7. in princ. ff. de bonor. poss.*

31 Sed petenda est bonorum possessio intra tempus jure præfinitum. Et liberi ac parentes eam petere tenentur intra spacium unius anni utilis: cæteri verò intra dies centum utiles.

§. *Cùm igitur, & §. in petenda. Inst. h. t. l. 1. §. largim. §. si intra centesimum, & §. seq. §. penult. & ultim. ff. de success. edicto l. 2. l. 4. §. 1. & l. ultim. ff. Quis ordo in bon. poss. servetur.* Intra quod tempus quis scire potuit sibi possessionem bonorum competere, *l. fin. ff. qui admitta. ad bonor. poss.* Cujac. *lib. 2. obs. c. 18. & lib. 14. obs. 8.*

32 Quòd si quis non petat intra præfinitum tempus bonorum possessionem, tunc alius in locum ipsius succedit. Si enim nemo contra tabulas eam petat, alius secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere potest. Et si quis neutram hanc bonorum possessionem admittat, intestati datur bonorum possessio, (*a*) primum unde liberi: quæ si non agnoscatur, locus fit bonorum possessioni, unde legitimi: quæ itidem si non postuletur, locus fit bonorum possessioni, unde vir & uxor. (*b*)

a) *l. 1. §. ff. Quis ordo in bon. poss. servetur.* (b) *d. l. 1. in pr. ff. dict. t. §. cùm igitur vers. vel si nullus sit Inst. h. t.* Et li-

Et licèt filius tempore excluſus ſit à bonorum poſſeſſione, unde li- 33
beri, petere tamen intra ſpacium anni ſequentis poterit bonorum poſſeſ-
ſionem unde legitimi. (a) Nam & filius patri ſuo agnatus eſt, & quidem
proximus agnatus. (b)

a) *l. 1. §. Sed videndum eſt 11. ff. de ſucceſſ. edict. & l. 4. §. 1. ff. quis ordo in bon. poſſ. ſervetur, & l. 2. in pr. ff. unde legitimi.* (b) *l. filius 12. ff. de ſuis & legit. heredibus.*

Similiter ſi ſub aliqua bonorum poſſeſſionis ſpecie plures extent di- 34
ſpari gradu perſonæ, veluti ſub bonorum poſſeſſione, unde liberi, ſi plu-
res ſint gradus liberorum, puta filius filia: nepos neptis: pronepos, pro-
neptis: filio, aut filia non petente bonorum poſſeſſionem intra præſti-
tutum tempus, fit locus nepoti, & nepti: qui ſi itidem non agnoſcant
bonorum poſſeſſionem, admittuntur pronepos, & proneptis. (a) Et
ſi ſub bonorum poſſeſſione, unde legitimi, non poſtulent eam intra præ-
finitum tempus, qui proximi gradus ſucceſſores ſunt, tum remotioris gra-
dus admittuntur. (b)

a) *l. 1. C. de ſucceſſ. edict. l. 1. §. Quibus ex edicto, ff. d. t.* (b) *§. cùm igitur plures, Inſt. h. t.*

Vtraque illa ſucceſſio locum habet, etiam cum quis diſertè repu- 35
diavit bonorum poſſeſſionem; (a) quo facto ſtatim cæteri admittun-
tur, nec eſt expectandum, donec tempus bonorum poſſeſſioni præfini-
tum exceſſerit. (b)

a) *l. 1. §. 1. 2. 3. 4. §. quibus, ff. de ſucceſſ. edict.* (b) *d. l. 1. §. qui ſemel. ff. d. t. & §. cùm igitur. verſ. ſi quis itaque, Inſt. de bon. poſſ.*

Quòd ſi tamen ejuſdem gradus plures ſint bonorum poſſeſſores, 36
quorum quidam agnoſcant bonorum poſſeſſionem, quidam verò repu-
dient eam, aut tempore excludantur; tunc portio deficientium cæteris,
qui agnoſcunt bonorum, poſſeſſionem, accreſcit.

l. Vn. C. quando non petent, partes petentibus accreſcant, l. 3. §. ult. cum duabus ll. ſeqq. ff. de bon. poſſ.

Quod attinet modum petendæ bonorum poſſeſſionis, diſtinguen- 37
dum hìc eſt inter decretalem bonorum poſſeſſionem, & bonorum poſſeſ-
ſionem edictalem, ac civilem. Decretalis, cauſæ cognitionem deſiderat:
competit enim ſub conditione hac: ſi cauſa ſit, cur dari debeat; (a)
proindeque coram tribunali petenda, & ab ipſo majori magiſtratu de-
cernenda erit. (b)

a) De Carboniana *eſt text. in l. 1. in princ. l. 3. §. cauſæ, & §. duæ. ff. de Carb. edict.* Et qui hanc petit, ſatisdare tenetur adverſario: quòd ni-
ſi fecerit, unà adverſarius mittitur in bonorum poſſeſſionem, *l. 1. §. 1. l. 5. §. 1. ff. dict. t.* De quavis alia bonorum poſſeſſione decretali, eſt textus

in l. nec quicquam 9. §. 1. ff. de off. proconsulis, & l. 3. §. pen. ff. de bonor. poss. (b) *d. l. 3. §. pen. ff. d. t.*

38 Edictalis, item civilis bonorum possessio hodie ita peti & agnosci potest, si qualicunque testatione aliquis apud judicem quemvis amplecti se hæreditatem defuncti ostendat. Neque hîc opus est prætoris decreto.

l. Vlt. C. qui admitti ad bon. poss. poss. & §. ult. Inst. de bon. poss. Fachinæ. *lib. 5. controvers. c. 74.*

39 Effectus petitæ bonorum possessionis est, quod commoda, & incommoda hæreditatis bonorum possessori adfert.

l. 1. l. 3. In pr. ff. de bon. poss. & l. bonorum, C. qui admitti ad bon. poss. poss. Quæ autem ista hæc sint commoda, & incommoda, expositum superiori disputatione.

40 Sed in quæstionem vocatur, utrùm filiusf. cui bonorum possessio delata est, eam agnoscendo & petendo jure veteri adquisierit sibi, aut patri suo? Quod posterius probamus.

l. Adquiritur, ff. de adquirend rerum dominio. l. 2. Cod. de patria potest. §. 2. Institut. per quas personas cuique adquir. Fachinæ. *lib. 5. controv. capit. 75.*

41 Et licèt filiusf. absque patris consensu agnoverit bonorum possessionem, tamen sibi eam non adquirebat jure veteri, (a) novo jure eam sibi adquirit. (b)

a) *l. Vltim. ff. Quis ordo in bon. poss. servetur.* (b) *l. ult. C. de bonis quæ liberis.*

42 Hinc controversia orta est inter Interpretes: an filiusf. qui bonorum possessionem agnovit, inscio patre, postea ratum non habente, legatariis, & creditoribus hæreditariis obligetur, nec ne? Nos affirmativæ adhærendum putamus: non quidem jure veteri, (a) sed ex novi juris dispositione. (b)

a) Jure enim veteri agnitio bonorum possessionis à filiof. absque jussu, vel ratihabitione patris nulla est, *l. 1. C. qui admitti ad bon. poss. poss. l. ult. §. 1. ff. quis ordo in bon. poss. servetur.* Proindeque nec in persona filiif. quid operari potest, *l. non dubium 5. C. de legibus l. jubemus 14. §. 1. in fin. C. de SS. Eccles.* vide Fachinæ. *lib. 5. cap. 76.* (b) Novo enim jure, etiam reclamante patre, potest filiusf. agnoscere bon. poss. ejusque emolumentum sibi adquirere, *l. ult. C. de bonis quæ lib.*

43 Restat quomodo amittatur bonorum possessio. Amittitur autem bonorum possessio, cùm quis jus suum ejusmodi spernit, sive repudiat: Item tempore bonorum possessionis petendæ finito: & morte ejus, cui competit bonorum possessio; si scilicet antequam agnoscceret bonorum possessionem, decesserit. *l. 4. ff.*

Digitized by Google

l. 4. ff. De bon. poſſ. l. 1. §. unus enim & §§. ſeqq. ff. de ſucceſſ. edict. & §. cùm igitur plures. verſ. ſi itaque. Inſt. de bon. poſſ.

Appendicis loco hîc quæri poteſt, (a) cùm ex pronunciato Iuſti- 44
niani Imp. prætor cognatum efficere hæredem non potuerit, (b) quæ ejus rei cauſa ſit? Et quamvis alii aliam fingant rationem, nobis tamen ea potior eſt, quam ipſemet Iuſtinianus ſubjungit, quòd ſcilicet ſolius legis 12. tab. & ſimilis Conſtitutionis officium ſit, hæredem facere. (c)

a) Vide Fachinæ. *lib. 3 controverſiar. cap. 72.* (b) *§. Quos autem ſolus, Inſt. de bon. poſſ.* (c) *dict. §. Quos autem, verſ. per legem enim tantùm, Inſt. de bon. poſſ. & confert huc l. non eſt 12. §. ult. ff d. t.* Sic quæſtionis eſt an appellatione Hæredis veniat bonorum poſſeſſor, quam reſoluit Cævall. *quæſtion. 10.*

Clas. III. Disput. XIII.

DE COLLATIONE BONORUM.

Thesis I.

ADquiſitioni hæreditatis & bonorum poſſeſſionis adgnitioni, pro- 1
xima eſt collatio bonorum; (a) quæ eſt actus, (b) quo liberi (c) hæreditatem defuncti parentis participare volentes, (d) res ſuas à parente profectas, (e) quas tempore mortis (f) ipſius parentis in bonis (g) habuerunt, cum cæteris defuncti parentis liberis (h) communicant. (i)

a) *l. In princ. ff de dotis collat. l. 2. in pr. & l. 3. in pr. ff. h. t. l. 4. §. ſi maritus 14. C. eod. t.* Cujac. *ad Inſ. Paulum, lib. 5. ſentent. t. 9. §. emancipati, & ad l. 1. in pr. ff. h t.* Collatio bonorum (quamvis ob æquitatem conſervandam introducta) reputatur odioſa, Inde dicunt Dd. quod collatio nunquam habeat locum, niſi id lege aliqua ſit expreſſum. vide Iaſ. in *l. emancipati. 9. num. 27. C. h. t.* (b) certi ſunt modi conferendi bona, ut infrà dicetur: quovis autem modo bonorum collatio fiat, ipſa collatio

Digitized by Google

latio est actus, uti arguit *l. Labeo 19. ff. de verb. signif.* (c) *l. ut liberis. 17. & l. seq. h. t.* quæ leges ut & aliæ ejusdem *t. C. & ff.* loquuntur tantùm de liberis, non etiam de parentibus & cognatis; unde inter adscendentes & collaterales, si de descendentis aut collateralis successione agatur, collatio bonorum locum non habet. Hanc opinionem utpote communem servandam esse tradit Ias. *in d. l. 9. num. 28.* quamvis disputandi gratia contrarium asserat. Dissentit quoque Sichard. *ad rubr C. hoc tit. num. 11.* vide Treutler. *vol. 2. disp. 17. thes. 2. lit. B. & C.* & tradunt Bald. Fulg. Castr. Roman. Alex. & alii, *ad l. si emancipatis, 9. C. hoc t.* Duar. *in com. ad h. t. cap. 4.* Vital. Nemarc. *in tract. de collat. quæst. 20.* Ioh. Saporta *in eod. tract. num. 64.* & Wesemb. *in Parat. ff. eod. tit. num. 4.* contrarius est Ang. *in d. l. ut liberis 17. C. h. t.* (d) *l. 1 in pr. ff. h. t. & d. l. 4. l. postumo. 11. l. filiæ 12. l. si maritus 14. C. eod. tit.* Thesaur. *decis. 237. num. 6.* Grass *lib. sent. §. legitima quæst. 23. num. 7.* Rauchbar. *lib. 2. quæst. 18. numer. 24.* Heig. *lib. 1. quæst. 24.* (e) Quales sunt res à patre filiof. donatæ propter nuptias, & dos filiæf. à patre data, *d. l. ut liberis 17. & l. illam 19. C. h. t. & t. t. C. de dotis collat.* cæteræ res, ex bonis parentis ad filium f. vel filiam f. profectæ, non conferuntur, Ioh. Saporta *in d. tract. de collat. cap. 5. num. 76.* & Cujac. *ad l. 1. in pr. ff. h. t. p. 983.* ubi dicit, quòd suus conferat tantùm donationem propter nuptias, & suam duntaxat dotem, non etiam res alias. Obstare videtur *l. certum. 13. C. famil. herciscund.* Emancipatus quoque confert profectitia bona, *d. l. ut liberis 17. in fin. & l. ult. C. h. t.* (f) *l. ea demum 6. l si maritus 14. & l. seq. C. h. t.* (g) Nam æs alienum, quod in bonis nostris non est, *l. subsignatum 39. §. bona* ubi Gœddæ. *l. bonorum 49.* ubi idem Gœddœ. *num. 4. & l. veniisse 165. ff. de Verb. Sign.* non confertur, *d. l. ea demum 6. in fin. C. eod. & l. 2. §. 1. ff. h. t.* (h) Dico DEFUNCTI PARENTIS LIBERIS, non dico FRATRIBUS: Nam quandoque etiam pater emancipatus suis liberis in potestate retentis confert, *l. filius 9. ff. h. tit. l. 1. ff. de conjun. cum eman. lib.* (i) *l. 4. in pr. & l. si soror 8. C. eod. t.* Coler. *lib. 1. decis. 62.*

2 In collatione autem bonorum spectantur, tum qui conferre bona sua teneantur, & quibus, item quando: tum quæ bona sint conferenda, & quantum conferendum sit: tum modum conferendi bona; tum denique juris remedia, quibus cogi quis potest, ut bona sua conferat.

Vide Paul. Christinæ. *vol. 4. decis. Belg. 2.*

3 Conferre bona sua tenentur liberi, qui volunt esse participes bonorum defuncti parentis, (*a*) non solùm emancipati, (*b*) aut alio modo sui juris qui sunt effecti, (*c*) sed & sui, (*d*) sive filiævé sint, sive ex filiis etiam emancipatis nepotes aut pronepotes, (*e*) sive item eodem,

Digitized by Google

dem, ſive diverſo jure; putà unus ex teſtamento, alter contrà teſtamentum ab inteſtato ſuccedat. (f)

a) *l. 1. In pr. ff. h. t. l. 4. l. ſi emancipati 9. C. eod. tit.* (b) *d. l. ea demum 6. d. l. ſi emancipati. 9. l. poſtumo 11. l. liberos 13. C. h. t. l. 1. in pr. §. 3, 4. & ſeqq. & t. t. ff. de collat.* & Duar. *in Comment. ad hunc t. c. 4.* Althuſ. *Dicaol. lib. 1. c. 44. n. 16.* (c) *d. l. liberos 13. C. h. t.* Quo loco Bartol. Bald. & Alex. ejus legis ſententiam porrigunt quoque ad illos, qui propter honorem patritiatus patria poteſtate liberati ſunt, ut & Fachinæ. *lib. 5. controv. c. 78. verſ. nona concluſio.* At diſſentit Vital. *tract. de collat. quæſt. 21.* (d) *l. 12. l. 17. C. de collat.* (e) *l. 1. §. ſed etſi ſint, & §. ſed etſi nepos, ff. de conjung. cum emanc. lib. ſuis, l. illam 19. & l. ſeq. §. ad hæc. C. de collat. l. nepotes 17. ff. d. t.* Fachinæ. *lib. 5. controverſ. c. 78. verſ. ſeptima concluſ.* (f) *l. ſi filius 10.* ubi Bart *ff. de collat. bon.* Idem Bart. Caſtr. & Alexand. Iaſ. Cagn. *in d. l. ſi emancipati 9. C. de collat.* Vital. *in tract. de collat. q. 38.* Fachin. *lib. 5. controv. c. 77. verſ. ſecunda concl.*

4 Quin & is, in cujus adoptiva familia eſt filius, defuncti patris naturalis ab hoc inſtitutus, conferre adoptivi ſui filii propria bona ejus fratribus tenetur, ſi nomine ipſius filii hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem patris teſtatoris accipere velit.

Dict. l. 1. §. in quoque 14. ubi vide Cujac. *ff. hoc titul.* qua cum lege conjungendus eſt *text. l. non putavit 8. §. in adoptionem datos. ff. de bonor. poſſ. contr. tab.*

5 Conferre ſimiliter tenetur nepos in poteſtate retentus, quando patris ſui emancipati hæreditatem cum fratre, poſt emancipationem nato, capere intendit.

l. Filius 9. ff. de collat. Cujac. *lib. 5. Reſponſ. Pap. p. 212.* Fachin. *lib. 5. controv. c. 77.*

6 Et conferunt bona ſua liberi non tantùm ſi contra tabulas, ſed etſi ab inteſtato *unde liberi* bonorum poſſeſſio petatur.

l. Filium quem 20. §. videamus, ff. de bon. poſſ. contra tab. l. ſi emancipati 9. l. ut liberis, C. de collat.

7 Exhæredati quoq; liberi, ſi obtineant in querelâ, contra extraneum inſtitutum, reſciſſo in totum teſtamento, bona ſua conferunt. (a) Non etiam ſi diverſo jure liberi ad bona patris veniant; (b) ſi jus vetus ſpectes, quo inſtituti ex edicto non conferebant. (c)

a) *l. Ut liberis. 17. C. de collat. l. ſi non mortis. 25. in fin. pr. ff. de inoff. teſtam.* (b) *l. 1. in pr. ff de dotis collat. d. l. filium 20. §. videamus, ff. de bon. poſſ. cont. tab.* Cujac. *in lib. 6. Reſponſ. Pap. pag. 263.* Idem Cujac. *ad l. 1. in princ. ff. de dotis collat. circa finem:* (c) *per text. adſcriptos theſi ſequenti ſub lit. a.*

8 Et licet jure veteri instituti liberi bona sua non conferebant ex edicto, (a) nisi id pater jusserit, (b) aut ipsorum portio commisso per alium edicto aucta esset; (c) novo tamen jure Iustinianeo bona sua conferre tenentur; (d) ut & ante jus illud ex æquitate & rescripto D. Pii cogebantur. (e)

a) *l. 1. l. Filia 4. l. filiam 7. C. h. t.* (b) *l. 1. §. vel maximè, ff. eod. tit.* (c) *l. 2. ff. de dotis collat.* quam legem ita Azo rectè interpretatur *ex l. 3. ff. dict. t. & l. non putavit 8. §. non est novum, ff. de bonor. poss. contra tab.* & hanc interpretationem sequitur quoque Cujac. *ad l. 1. ff. h. tit. pag. 983.* (d) *Nov. 18. c. 6. & auth. ex testamento. C. de collat.* (e) *l. si filius 10. ff. h. t. & l. 1. in pr. ff. de dotis collat.*

9 Sed quæritur, utrùm ea quoque filia, cui pater testamento longè minorem reliquit, quàm cæteris liberis, portionem, dotem profectitiam conferre fratribus & sororibus teneatur nec ne? Et licet post Romanum & Fulgos. Alexander (a) tradat, hoc casu collationi locum esse, nisi pater dixerit in testamento, se idcirco minorem dare portionem filiæ, quòd ei dotem dederit: magis tamen est, ut absolutè & simpliciter dicamus, cessare hic dotis collationem. (b)

a) *Ad l. si emancipati 9. num. 12. C. de collat. & ibid.* etiam Corn. *numer. 64.* & Cagnol. *num. 200.* Item Decius *ad Auth. ex testam. num. 9. C. d. t.* & Cephal. *consil. 486. in fin. lib. 4.* (b) *per l. ex parte. 39. §. intestato, ff. famil. herciscund. & Novell. 18. c. 6. Illud quoque. Ibi; & exinde aqualitatem. juncta l. ultim. C. communia utriusque jud.* Vitalis *in tract. de collat. quæst. 33.* Fachin. *lib. 5. controvers. cap. 78.* sed obstare videtur, quod hodie etiam condito testamento locus est collationi, nisi pater eam expressè prohibuerit, *d. Novell. 18. c. 6. Illud. & Auth. ex testam. C. de collat.* ad quod arg. respondet Fachin. *d. c. 78 in fine.*

10 Quæritur & illud, an inter filios collationi sit locus, si testamentum proparte valeat, & pro parte ruptum sit: & unus ex filiis ex testamento hæreditatem petat; alter verò contra testamentum ab intestato? (a) Nos affirmantium partes sequimur. (b)

a) Vt in specie, *l. pater filium 6. ff. de dotis collat.* (b) *per d. t. si filius 10. ff. h. t. & l. 1. in pr. ff. de dotis collat. & Nov. 18. c. 6. & Auth. ex testam. C. h. t.* Fachin. *lib. 5. controv. c. 79.*

11 Videamus, cui quis bona sua conferre teneatur. Et conferre tenetur, non solùm emancipatus fratribus & sororib. in familia & potestate retentis: præteritis vel institutis petentibus contra tabulas bonorum possessionem, (a) aut ex testamento succedentibus: (b) Sed & suus, itemq; sua hæres propria bona, à parente profecta, veluti dotem & donationem propter nuptias, ut suis, sic & emancipatis conferre jubetur. (c)

a) *l. 1. In*

a) *l. 1. In princ. & §. 1. ff. de collat. l. ea demum 6. l. si emancipati 9. C. eod.* (b) *l. si filius 10. ff. h. t. & l. si duobus 14. ff. de bon. poss. contra tabul. Ex quibus locis patet, quòd ex edicto quidem non conferat, qui institutus adit ex testamento, sed ex bono & æquo eum conferre teneri.* (c) *l. 4. l. filia 12. & l. illam merito 19. C. h. t. & l. 1. ff. de collat. dot.*

Et conferendum est suis, non tantùm vivo patre natis, sed & postu- 12
mis; *(a)* non quidem cùm adhuc in utero sunt, & mater in possessionem missa est, sed quando jam nati sunt. *(b)*

a) *l. Postumo 11. C. de collat.* (b) *l. ult.* ubi Cujac. *ff. eod. tit.* Idem Cujac. *in lib. 41. Pauli ad edictum p. 280.*

Sed quæritur, emancipati an emancipatis conferant? Et hos invi- 13
cem donationem tantùm propter nuptias, & dotem à parente profectam, *(a)* non etiam cætera profectitia bona conferre censemus. *(b)*

a) Nam fratres & sorores dotem & donationem propter nuptias, quam acceperunt à matre, vel avo aut proavo materno, quibus extranei sunt, invicem sibi conferunt; *l. ut liberi n. 47. l. illam. 19. l. illud. 20. C. de collat.* Cujac. *ad l. 1. §. nec castrense, ff. eod. & ad Novell. 18. cap. 6. Illud quoque.* Item Cujac. *lib. 3. observ. cap. 30.* (b) *l. si emancipati 9. C. h. tit. l. 1. §. ult. l. 2. §. si heres, & l. 3. §. Iulianus eod. t.* Cujac. *lib. 3. obs. cap. 29. in pr. & ad l. 1. §. si sit filius, ff. de conjung. cum emanc.* quem locum explicat *sub l. 1. ff. de collat. pag. 988.* Idem Cujac. *in Parat. C. h. tit. de collat.* ubi rationem reddit, cur sui suis conferant, emancipati emancipatis non conferant. Vide quoque Coras. *ad d. l. si emancipati 9. C. eod. t.* & Forcat. *in tr. de collat. bon. part. prima, n. 20.*

Quæritur similiter, emancipatus an exhæredato conferat, hærede 14
scripto repudiante? Triphoninus Iurisc. id negat.

l. Penultim. §. videamus, ubi Cujac. *ff. de bonor. possess. contra tabul.*

Cæterùm de nepotibus & neptibus, cui scilicet conferant, quæstio- 15
nis est? Et sciendum, quòd si omnes sint emancipati nepotes & neptes, bona sua ab avo ad se profecta conferunt soli patruo. *(a)* Quòd si unus emancipatus sit, & alter suus, emancipatus nepos soli fratri, qui in potestate mansit, confert, non patruo, cui tamen confert, si frater desit. *(b)*

a) *l. 2. §. Si duo nepotes, & l. si nepotes 7. ff. de collat.* (b) *l. 1. §. si sit nepos, ff. de collat. dotis, l. 1. §. ult.* ubi Cujac. *ff. de conjung. cum emanc. liberis*; quem locum tractat Cujac, *in explicatione, l. 1. ff. de collat.* Idem Cujac. *ad l. 1. §. si sit nepos, ff. de dotis collat.*

Si suus sit, & nepos & neptis, & quidem ex eodem filio, hoc etiam 16

casu neptis dotem sibi ab avo datam soli fratri confert, non confert patruo. (a) Si non sit frater, confert patruo, itemque patrueli. (b)

a) *Dict. l. 1. §. si sit nepos*, ubi Cujac. *ff. de dotis collat.* Obstare videtur *d. l. si nepotes. 7. ff. de collat.* (b) *d. l. 1. §. sed etsi nepos, ff. de conjung. cum emanc.* Cujac. *ad d. l. 1. §. si sit nepos, ff. de dotis collat.*

27 Quòd si dũæ sint neptes ex diversis filiis, dotem sibi ab avo datam conferent, & invicem, & patruo, si ambæ sint dotatæ. Quòd si una tantùm sit dotata, hæc alteri indotatæ & patruo conferet.

Dict. l. 1. §. sed etsi duæ neptes, junct. §. si sit nepos, ff. de dotis collat. ubi Cujac.

28 Si verò duæ sint neptes ex eodem filio, & ambę sint dotatæ, vicę mutua dotem conferent: non autem patruo. Si una tantùm est dotata, tum hæc soli indotatæ conferet.

Dict. l. 1. §. sed etsi duæ neptes, vers. si ex eodem patre, ubi Cujac. *junct. præced. §. si sit nepos, ff. d. t.*

29 Quòd si non ipsæ neptes dotem, vel nepotes donationem propter nuptias acceperint ab avo aut avia, sed filia aut filius, parentes ipsorum nepotum & neptum, tam nepotes & neptes, avo aut aviæ succedentes, parentis sui donationem propter nuptias & dotem conferre suis patruis, amitis, avunculis, materteris jubentur: ut & hæ personæ illis quoque conferre dotem suam & donationem propter nuptias tenentur.

l. Illam 19. vers. de collatione verò dotis, C. de collat. & ibi Cujac. *in Paratitl. in fin.*

30 Tum autem cohæres vel bonorum possessor bona sua conferre cohæredibus tenetur, quando vel hereditatem adquisitione suscepit, vel bonorum possessionem agnovit. (a) Sed & si velit, potest & ante. (b) Quòd si priùs hereditatem adquirat, aut petat bonorum possessionem, & interim, antequam conferat, moriatur, jus suum ad heredem transmittit. (c)

a) *l. 3. In pr. ff. de collat.* Cujac. *ad d. l. 1. in pr. ff. d. t. & ad Jul. Paul. libr. 5. sent. t. 9. §. ult.* (b) *d. l. 3. § emancipatus prætoriens, ff. de collat. & l. si filius contulerit 13. ff. de cond. cauſ. dat.* (c) *l. 1. §. ibidem Julianus, & d. l. 3. in pr. ff. de collat.* & Cujac. *ad d. l. 1. in pr. ff. d. t. l. si maritus 14. C. h. t.* Fachin. *lib. 5. controv. c. 80. vers. 2.*

31 Sequitur, quæ bona sint conferenda, & quantum ex iis conferri debeat. Conferre autem liberi tenentur res proprias, à defuncto parente profectas, quas tempore mortis (b) ejusdem parentis, de cujus successione agitur, in bonis (c) habuerunt.

a) Vide *fundamenta thesi 1. sub litera E. posita*, (b) vide leges *ad thesin eandem positas sub litera F.* adde Cujac. *lib. 3. observat. 34. & lib. 17. obser-*

obſerv. 3. (c) vide *fundamenta eidem theſi appoſita ſub litera H.* Et nota' quod omnia ea quæ in quartam partem liberis computantur ſint conferenda, ſed non ex diverſo dicendum quod omnia quę conferenda in legitimam ſint computanda. *l. pen. in pr. C. d. collation.*

Bona ergo tantùm profectitia, veluti dotem & donationem, propter 22
nuptias à parente datam, *(a)* liberi conferre jubentur, non etiam hodie adventitia; *(b)* multò minùs caſtrenſia, vel quaſi caſtrenſia. *(c)*

a) *l. 3. l. 4. l. Filiam 16. & l. ſeq. l. illam 19. l. pen. C. de collat. & t. t. ff. de dotis collat. Novell. 18. c. 6.* Fachin. *lib. 5. controv. 77. & ſeq.* (b) *l. ultim. C. d. t.* Adventitia enim quantum ad proprietatem patri non adquiruntur, *l. cùm oportet. 6. ff. de bon. quæ lib. l. 2. C. de bon. mater.* Olim tamen etiã adventitia dos erat conferenda, *l. 1. §. pen. ff. de dotis collat. l. 4. C. de collat.* Quibus in locis Tribonianus perperam veteris iſtius juris veſtigia reliquit, Franciſc. Balduin. *in Iuſtiniano ſuo p. 409.* Eſt & illud hic monendum, *d. l. ultim. C. h. t.* non tantùm de ſuis intelligendam eſſe, licèt id velit Saporta *in tract. de collat. cap. 5.* ſed & de emancipatis, ut communior eſt ſententia. Alex. Iaſ. Dec. *ibidem, per l. cum duobus 52. §. idem Papinianus ff. ſocio,* Fachinæ. *lib. 5. controv. c. 83.* (c) *l. 1. §. nec caſtrenſe ff. de collat. & d. l. ult. C. eod. t.*

Adventitii tamen peculii fructus, ſi qui apud liberos exſtent, liberi 23
conferre tenentur, *(a)* ut & adventitiam dotem, & donationem propter nuptias, ſi à matre vel avo materno data ſit, & de matris aut avi materni ſucceſſione agatur. *(b)*

a) Vſusfructus enim adventitiorum ad patrem pertinet, *d. l. cùm oportet 6. C. de bon. quæ liber. & §. 2. quod autem ad alia. Inſtitut. per quas perſon. cuique adquir. l. 5. §. fin. ff. de dot. collation.* Vnde ſi qui fructus reliqui ſint, eos filius conferre tenetur. Ipſe tamen uſusfructus non confertur, ut qui morte patris uſufructuarii extinctus eſt, §. *fruitur. Inſtitut. de uſufruct.* Facit quod perſonale jus, ut eſt uſusfructus, in bonis non eſt, §. *ult. Inſt. vi bon. rapt.* & quæ in bonis ſunt, conferri debeant, *l. 6. C. h. t. & l. 2. §. 1. ff. eod.* (b) *l. ut liberis 17.* ubi Iaſ. *C. de collat.* Fachin. *libr. 5. controv. c. 83. verſ. Quod autem.* De bonis adventitiis liberorum vide Coler. *lib. 1. deciſ. 41.*

Sed ardua eſt quæſtio, *(a)* an lucrum, quod filius f. fecit ſuo labore 24
& induſtria per peculium profectitium, ſit acceſſio ejuſdem peculii, an verò ſit peculium adventitium, proindeque conferri, vel non conferri debeat? Nos illis calculum noſtrum addimus, qui lucrum illud à peculio profectitio ſeparant, & adventitio peculio adnumerant, ut à collationis neceſſitate eximatur. *(b)*

a) Vide gl. & Bart. *ad l. cùm oportet, 6. §. & illud, C. de bon. quæ lib.*

Ang. *ad l. ex re 31. ff. de usufr.* Specul. *t. de jud. §. sequitur, num. 14.* Menoch. *de arbit. jud. quæst. casu 126. num. 4. ad l. certum 13. num. 11. & 12. C. famil. herciſc.* (b) Eſt enim perfectitium peculium, quod à parente eſt profectum de bonis vel facto ejus, *l. 5 in pr. ff. de jure dot. §. igitur liberi. verſ. ſancitum eſt enim. Inſtit per quas perſon. cuique adquir. d. l. cùm oporteat. 6. ibi, ex ejus ſubſtantia, cujus in poteſtate ſit, C. de bonis quæ liber.* Adventitium peculium eſt, quod filio aliundè, quàm ex patris ſubſtantia obvenit, ſive aliena liberalitate, ſive labore, & opera ejus *d. l. cùm oporteat 6. verſ. ſi quis ibi, non ex ejus ſubſtantia, cujus in poteſtate ſit,* ſed ab aliis quibuſcunque cauſis, quæ ex liberalitate fortunæ, vel laboribus ſuis ad eum perveniant, *& verſ. ſic etiam, ibi, quæ ex ſuis laboribus, C. d. t.* ſed obſtare videtur, *d. l. ex re. 31. ff. de uſufr.* & diſſentiunt gl. Specul. & Ang. *dictis locis.*

24 Controverſum & illud eſt, an ſumptus nuptiarum, mundus, veſtitus, cæteraque ornamenta à patre liberis in elocatione ipſorum data conferri debeant? Et ea quę conſumpta ſunt tempore nuptiarum non conferri ſentimus, *(a)* ut nec veſtimenta in uſum quotidianum data. *(b)* Veſtes autem precioſas & feſtivas, cæteraque ornamenta conferenda eſſe, *(c)* communi calculo receptum eſt. *(d)*

a) *Per l. 3. §. ultim.* ubi gl. *ff. de muner. & honor. & l. quæ pater 50. ff. famil. herciſc.* Sichard. *ad l. filia cujus 18. num. 12. C. d. t.* Ioh. Schneidewin. *ad §. quædam actiones, num. 46. Inſtit. de act.* (b) Hæc enim alimentorum appellatione continentur *l. legatis 6. ff. de aliment. & cibar. leg.* Alimenta autem parens pietate debita ductus liberis ſuis præſtare debet, *l. ult. C. de alend. liber. l. ſi quis 5. & t. t. ff. de agnoſ. & alend. liber.* Quæ verò parens debita pietate ductus exhibere liberis debet, non conferuntur *d. l. quæ pater 50 ff. famil. herciſc.* (c) Sunt enim additamenta dotis, *arg. l. id veſtimentum 25. ff. de pecul.* Quocirca cùm dos ipſa in collationem veniat, hujuſmodi quoque additamentum erit conferendum; quippe cùm ejuſdem cum dote ſit conditionis *leg. etiamſi 8,* ubi gl. *in verb. additamenti, C. de jure dot. l. inter ſocerum 26 §. cùm inter, ff. de pact. dotal.* Et hanc de precioſis & feſtivis veſtibus, aliiſque ornamentis ſententiam poſt alios tenent And. Gail. *lib. 2 obſerv. pract. obſ. 91. num. 5.* & Ioh. Schneidewin. *ad §. quædam. num. 47. Inſt. de act.* Diſſentit Weſemb. *in Parat ff. de collat. dotis, num. 3.* (d) vide Bart. *ad d. l. 3. §. ultim. ff. de muner. & honor.* Bald. *ad d. l. filia 18. ff. famil. herciſc.* Plat. & Ang. *ad §. ult. Inſtit. de ſocier.* adde Erneſt. Cotlman. *reſp. 3. in apendic.* ubi agit vom Brautwagen vnd Brautliſſen.

26 Eſt illa anceps quæſtio, an ſimplex & mera donatio in filium aut filiamfam. à parente collata, & morte parentis datoris confirmata, redigi in me-

in medium debeat? Negatæ ſententiæ, quæ communis eſt, & uſu recepta, nos ſubſcribimus; (a) niſi alter filius donationem propter nuptias, aut filia dotem à defuncto parente acceperit, eamque contulerit, vel parens tempore donationis ſuæ indulgentiæ hanc legem, ut conferretur hæc donatio, impoſuerit. (b)

a) *l. pen. in fine C. de collat.* Hæc enim donatio morte parentis confirmatur. Et ideò collationi non ſubjacet, quemadmodum nec legatum confertur. *l. donationes 25. C. de donat. inter vir.* Atque ita poſt alios cenſet quoque Weſemb. *in Parat. ff. de collat. dotis num. 2.* & Fachin. *lib. 5. controverſ. cap. 80.* Arum. *lib. 2. deciſ. 8.* Diſſ. præter alios Donell. *lib. 9. Commentar. cap 5. pag. 411. 412. & 413.* & Cujac. *lib. 3. obſerv. cap. 30. & ad l. 1. §. nec caſtrenſe, ff. de collat. pag. 993* quibus adſtipulari videtur, *l. ſi donatione. 13. C. de collat.* quam legem Fachin. *d. cap. 80.* perperam emendat adjecta negativa NON ante vocem CONSTITUTÆ. Malè quoque Cujac. *ad d. §. nec caſtrenſe*, accipit, *l. pen. §. 1. C. de collat.* de ſimplici donatione, à matre tantùm, vel avo materno in liberos collatam, Donell. *item d. cap 5.* non rectè interpretatur, *d. l. donationes 25. C. de donat. inter vir. & uxor.* de confirmatione donationis ſimplicis à patre in filium fam. collatæ, emancipatione tantùm facta, (b) *d. l. penultim. & ultim.* ubi Gothofr. diſſentit. *C. de collat. gl. in Auth. ex teſtamento, in verbo*, DATORUM, *C. dict. t.*

Similiter quæſtionis eſt, an ſimplex donatio patris in filium f. collata, ſi ab initio valeat, (a) mortuo donatore cum cæteris liberis communicari debeat? Id quod nos, contra Bartolum, (b) & alios quoſdam, (c) cum nonnullis, (d) planè negamus. (e) 27

a) Quibus caſibus ab initio hanc donationem valere Dd. velint, vide Iaſ. *in l. frater à fratre, in fine, ff. de condit. indeb.* Arum. *lib. 2. deciſ. 8.* (b) *in l. 1. §. nec caſtrenſe, ff. de collat.* (c) Alex. & Iaſ. *in Auth. ex teſtamento, C. dict. t.* Socin. Senior. *conſil. 91. lib. 1.* Rol. à Valle. *conſil. 44. & conſil. 70. vol. 4.* Nata *conſil. 106.* (d) Corn. *in d. auth. ex teſtamento col. 2. C. de collat.* Dec. *in l. illud 19. num. 6. C. de collat.* Cagnol. *in l. ſi emancipati num. 190. C dict. t.* Ioh. Petr. Surdo *conſil. 145. num. 54.* quos refert & ſequitur Fachin. *d. lib. 5. cap. 81.* (e) tum propter generalem text. *in d. l. pen. in fine, C. de collat.* tum quia liberi conferunt tantùm dotem & donationem propter nuptias à parente profectam, *l. ut liberi, C. de collat.* tum quia emancipati hodie conferunt tantùm donationem ſimplicem, quando fratres & ſorores in poteſtate retenti, donationem propter nuptias, & dotem ſuam à parente profectam conferunt, *d. l. ut liberi 15. in fin. C. d. t.* Bald. *in Inſtit. ſuo pag. 104.* Quo caſu conferunt etiam ſui donationem ſimplicem, *d. l. pen. in fine C. eod.* Sed an filius conferre debeat, quod ei pater

pater donavit, ut matrimonium contraheret cum aliqua nobili, quæ alioqui nolebat ei nubere, vide Fachin. *lib. 5. controv. c. 82.*

28 — Quæritur etiam, an arma & equos, (a) item libros, expensas studiorum, (b) ac sumptus Doctorales, (c) conferri necesse sit? Nos inhærendum negativæ existimamus.

a) *l. Si filius 4 C. famil. hercis.* Cujac. *ad l. 1. §. nec castrense in fine. ff. de collat.* Wesemb. *in Parat. ff. de dotis collat. num. 3.* (b) *l. quæ pater. 30.* ubi Costal. & Dd. communiter. *ff. famil. hercis.* Sichard. *ad l. filiæ 18. n. 3. C. fam. hercis.* Ioh. Schneidew. *ad §. quædam actiones. num. 42. & seqq. Inst. de act.* Wesemb. *in Parat. ff. de collat num. 3.* (c) Nam & quod occasione armatæ militiæ datur alicui, castrense peculium est, *d. l. 4. in fin. C. fam. hercis. & l. castrense 11. ff. de castr. pecul.* Vnde & quod occasione togatæ militiæ donatur alicui, quasi castrense peculium est. Sumptus autem doctorales dantur occasione togatæ militiæ; quippe cùm Doctores sint quasi milites *l. advocati 14. C. de advoc. diverf. jud.* & quasi castrense peculium sit, quod quis sua doctrina liberali lucratur, putà cùm magistratum gerit, aut liberalem aliquam artem publicè profitetur. *l. ult. C. de inoffic. testament.* Quemadmodum igitur equi & arma, quæ militiæ causa alicui donantur, peculium sunt castrense, *d. l. 4. C. fam. hercis.* ita quasi castrense peculium est, quod donatur alicui causa togatæ militiæ, puta ad consequenda insignia doctoralia. Proinde sumptus doctorales à patre in filium facti, ut quasi castrense peculium, non conferuntur, *per l. ultim. C. de collat. & d. l. 1. §. nec castrense, ff. dict. tit.* Accedit huc, quòd non conferuntur ea, quæ pater dedit liberis dignitatis adipiscendæ gratia. *l. 1. §. sed an id*, ubi Cujac. *ff. de collat.* Idem Cujac. *in lib. 13. q. Papin. p. 359.* Denique hanc etiam sententiam amplectuntur post alios Sichard. *ad l. 4. num. 8. C. fam. hercis.* & Schneid. *ad d. §. quædam actiones num. 45. Inst. de act.* & Wesemb. *in Parat. ff. de collat. dotis num. 3.* Hartman. Pistor. *lib. 1. quæst. 19.* Wesenb. *consil. 80. part. 2.* Tyraq. *de jur. primogen. quæst. 4.* Menoch. *2. arbitr. cas. 131.* Cravett. *consil. 125.* Non desunt tamen qui dissentiunt, de quibus vide Bart. *ad l. filiæ 18. C. famil. ercis.* Et obstare videtur *l. pen. in pr. C. de collat.* ad quem locum respondet Balduin. *in Iustin. suo pag. 103.* & Cujac. *ad d. l. 1. §. nec castrense. ff. de collat. & in com. ad libr. 13. quæst. Pap. p. 359.* Limitationes propositæ sententiæ vide apud Hartm. Pist. *lib. 1. q. juris, q. 19.* & Fachin. *lib. 5. controv. jur. 6. 83. in pr.*

29 Dotem etiam, quam filius emancipatus filiæ suæ dedit, non conferri placuit.

l. 4 ff. De collat. Dos enim non est in bonis patris datoris, sed in filiæ bonis, *l. 1. §. ult. ff. de dotis collat. l. 3. §. ergo, ff. de minor.*

Non

zed by Google

Non solùm autem ipsa bona conferuntur, sed & post moram usuræ 30
dotis, & fructus bonorum.

l. Filius 5. §. ult ff. de dotis collat. Cujac. in com. in lib. 5. respons. Pap. p. 213. col. 2. & ad l. 1. §. si in stipulatum. ff. de dotis collat.

Et si bona ipsa non exstent, æstimatio eorum conferenda erit; *(a)* 31
ut & si libri collationi subjaceant, retineri illi possunt, & tantùm eorum pretium conferri. *(b)*

a) Costal. *ad l. si filia 20.* ubi Dd. *ff. fam. herciſc.* (b) Ioh. Schneid. *ad tit. §. quædam actiones, n. 52. Inst. de act.*

Quantum autem conferri debeat, nunc videamus. Et tantum 32
emancipatus confert, quantum cuilibet aufert. *(a)* Sibi enim semper virilem retinet. *(b)* & ideo si unus sit emancipatus, alter suus, suo emancipatus semissem aufert, itaque & semissem confert. *(c)*

a) *l. 1. §. Si ex dodrante 3. ff. de collat.* (b) *d. l. 1. §. ultim. ff. eod.* (c) *l. filius emancipatus 9. ff. h. t.*

Si institutus sit suus ex dodrante, extraneus ex quadrante, tum ema- 33
cipatus præteritus accipiens bonorum poss. contra tab. aufert extraneo quadrantem, nihil tamen ei confert; suo autem similiter quadrantem aufert, & ita habet semissem, proindeque confert ei tantum suorum bonorum quadrantem.

Dict. l. 1. §. si ex dodrante 3. ff. h. t. Sed obstare videtur *l. 1. §. nunc videamus, ff. de conjung. cum emanc. liber.*

Sunt tamen casus, quibus emancipatus filius sua bona confert, & 34
minùs aufert, quàm confert. Primus est, si duo sint filii sui, & duo emancipati. Hoc casu emancipati ex bonis paternis ferunt quartas, & tertias conferunt, atque ita plus conferunt, quàm ferunt: idem est, si duo sint sui & tres emancipati, nam emancipati auferunt quintas, conferunt autem tertias.

l. 1. §. Vlt. l. 2. §. si tres. l. 3. §. qui duos. 6. ff. h. t. vide Graff. *§. collatio. quæst. 2. & 5.*

Alter casus est, si unus filius suus, & ex alio filio jam mortuo, sint 35
duo nepotes emancipati, qui bonorum possessionem avi petant. Hi enim emancipati ex bonis defuncti avi singuli auferunt quartas, quoniam dividunt inter se unum semissem. Alter verò semis relinquitur integer patruo; singuli tamen nepotes non conferunt quartas, sed dimidias. *(a)* Plus igitur conferunt; quippe cum nepotes ex uno eodemque filio, licet plures sint, in omni jure pro uno habeantur. *(b)*

a) *l. 2. §. Si duo nepotes, ff. de collat. bon.* (b) *l. si nepotes 7. ff. d. tit. & l. 2. §. non solum autem filii, ff. de excus. tutor.*

Est etiam casus, quo emancipatus de propriis bonis nihil retinet, sed 36

ea integra confert, utputa si ex emancipato filio nepos emancipatus, mortuo patre simul & avo, bonorum possessionem acceperit, cùm uterque pater scilicet & avus suum heredem reliquerit. Hoc etenim casu nepos ille, si centum in bonis habeat, & patruo quinquaginta, & filio quinquaginta confert.

Dict. l. 2. § si ex emancipato ff. h. t.

37 Sequitur quomodo fiat collatio. Fit autem collatio ex Prætoris edicto boni viri arbitratu. Non enim conferuntur ea, quæ sine culpa conferentis perierunt. (a) Et fit collatio vel re ipsa, vel cautione, vel utroque modo. (b)

a) *l. 2. §. De illis, & l. si quis filium 5. § stipulatio autem, ff. h. t.* Cujac. *ad l. 1. in pr. ff eod.* (b) *d. l. 1. §. jubet, & §. quamvis autem, ff d. t. & l. 1. §. nunc videamus, ff de conjung cum emanc.*

38 Re ipsa fit collatio, quando frater vel soror bona sua à parente profecta cum fratribus & sororibus dividit.

Dict. l. 1. §. quamvis autem. 12. ff. hoc titul. l. 2. l. 8. l. 15. C. de collationib.

39 Cautione collatio fieri dicitur, si quis datis fidejussoribus, vel pignoribus securum faciat fratrem suum, vel sororem de bonis conferendis.

Dict. l. 1. §. jubet autem, 7. ubi Cujac. *ff. eod titul. & l. filium 20. §. videamus, ff. de bonor. possess contra tab.* Althus. *Dicæolog. lib. 1. cap. 44. num. 21.*

40 Vtroq; modo, id est, re ipsa, & cautione fit collatio, si quædam bona in occulto sint, & suspecta sit fides ejus, qui conferre tenetur.

Dict. l. 1. § quamvis autem, ubi Cujac. *ff. de collat.*

41 Est & illa quædam conferendi ratio, si filius quantum debet conferre, tantùm minùs ferat ex bonis paternis, vel etiam, si fundum paternum det pro eo, quod debet conferre, aut nomen paterni debitoris delegèt.

Dict. l. 1. §. sed etsi tantùm, ff. h. t.

42 Restant juris remedia, quibus quis ad conferendum cogi potest. Cogitur autem aliquis ad conferendum denegando ei actiones, ac si bonorum possessionem non accepisset; aut si hæc nondum ei data fuerit, denegando ei bonorum possessionem.

l. 2. §. ultim. l. 3. in princ. ff. hoc titul. l. 11. 12. 14. & 16. C. eod. titul.

43 Similiter compelli quis potest ad conferendum per arbitrium familiæ herciscundæ.

l. 1. in pr. ff. de dotis collat.

Quòd

Quòd ſi etiam quis caverit de conferendis bonis ſuis, ex ea ſtipula- 44
tione conveniri poteſt, & condemnari in tantam pecuniam, quanti ea res eſt. *(a)* Non tamen ſtatim quis ex ſatisdatione ſua conveniri debet, ſed indulgendum eſt ei aliquod tempus. *(b)*

a) *l. 5. §. ultim.* ubi Cujac. *ff. hoc titul.* (b) *l. ratum autem videlicet. l. quod dicimus 105 ff. de ſolution. l. pen. ff de Tritic. l. quo enim. 12. §. Iulianus ait, ff. rem ratam haberi, l. ſi arbiter 28. ff. de probat.* Cujac. *ad d. l. 5. §. ult ff. de collat.*

Si per inopiam quis non poſſit cavere de conferendis bonis ſuis, 45
non ſtatim ab eo transferenda poſſeſſio portionis ſuæ, ſed ſuſtinendum eſt, donec ſponſores invenerit: ita tamen, ut interim fratribus actio detur, de iis quæ ex mora deteriora futura ſunt, id eſt, quæ ſervari non poſſunt, quæ tempore pereunt: Dummodo caveant fratri ad conferendum obligato, de reſtituenda pecunia, cùm propria contulerit. *(a)* Quod ſi non caveant, non dabitur eis actio, ut vendant, ſed dabitur procurator rerum, qui curam gerat earum, quæ perire poſſunt, ut vendat, & pecuniam ſervet. *(b)*

a) *l. 2. §. Vltim ff. hoc titul. ubi actio eſt auctio, id eſt, jus vendendi,* Cujac. *in lib. 3. quæſt. Papin. pag. 51. col. 1. in pr.* (b) *l. 1. §. ſi frater, ff. eod.* Cujac. *d. pag. 81.*

Quòd ſi frater initiò dixerit, ſe nolle cavere, poſteà pœnitentiâ du- 46
ctus offerat cautionem, audiendus erit, ſi intra tempus delatæ poſſeſſionis cautionem offerat.

l. Nonnunquam 8. ff. hoc titul. Cujac. *in lib. 3. quæſtion. Papin. pagin. 81.*

CLAS. III. DISPUT. XIV.

DE APERTURA TESTAMENTORUM, & missione scripti heredis in possessionem rerum hereditariarum.

THESIS I.

1 CVM non parum referat, apertas esse testamenti tabulas, (a) antequam hæreditas adquiratur, bonorum possessio agnoscatur, & collatio bonorum fiat, iccircò juvat hîc subjungere, quas tabulas testamenti apertas esse oporteat; quandò, & quomodo aperiendæ sint tabulæ; & quibus desiderantibus eas aperiri necesse sit.

a) *l. 1. §. Ratio, ff. Testament. quemadmod. aper. & l. de his. 6. ff. de transactionib.*

2 Per tabulas testamenti significamus hîc non modò eas tabulas, quæ heredis institutionem continent, sed & quæ Codicillos habent, & substitutionem pupillarem.

l. 4. C. quemadm. testam. aper.

3 Si in duobus exemplaribus æquè solennibus scriptum sit testamentum, unum apertum esse sufficit. Hoc enim aperto semper verum est, apertum esse testamentum, cum in utroque nihil nisi unum fuerit testamentum.

l. Si in duobus re. in pr. ff. testamenta quemadm. aper. supr. hac claff. disput. 11. th. 26.

4 Si ejusdem testamenti unum sit exemplum authenticum, alterum duntaxat exemplum, tunc authenticum aperiri oportet: Exemplo aperto nihil agitur: (a) cum exempla fidem non faciant. (b)

a) *l. Vlt. ff. d. t.* (b) *l. 2. ff. de fide instrument.*

5 Ea autem tabularum pars clausa manere debet, quam testator aperiri vetuit, aut vetasse intelligitur, ut substitutio pupillaris.

l. 3. C. quemadm. testam. aper. & l. Pupillares, ff. d. t. §. sin autem. Inst. de pupill. subst.

Et:

Digitized by Google

Et quoque pars clauſa manebit, quæ ad alterius pertinet ignominiam, & quæ diem, & annum continet. 6

Dict. l. 3. C. quemadm. teſtam. aper. l. 2. §. diem. 6. ff. eod. t.

Quod ſi apertum ſit teſtamentum, quomodo apertum ſit, nihil ad rem pertinet. Et ſi ſua natura tabulæ patefactæ ſint, apertum videri teſtamentum non dubitatur. 7

Dict. l. ſi in duobus 10. ff. teſtam. quemadm. aper.

Quod ſi clauſæ ſint tabulæ, & obſignatæ, diſpiciendum, quando, & quo modo aperiri debeant. Olim ante hæreditatis additionem tabularum teſtamenti aperturam fieri neceſſe erat in hærede extraneo. (a) Vnde ante apertas tabulas extraneo hærede ſcripto mortuo tranſmiſſio hæreditatis non fiebat. (b) 8

a) Anteà enim extraneis hæredibus non erat jus adeundæ hæreditatis, *l. cum antiquioribus. l. ult. §. ſin autem dubius, & §. in computatione, C. de jure deliberand. l. un. §. cum igitur, & §. in noviſſimo, C. de caducis toll.* Atque hujus impedimenti veſtigia multis in locis librorum juris noſtri extant, *ut in l. 3. C. de jure delib. l. 3. §. ultim. ff. de SC. Silania. l. 3. §. ultim. ff. de hered. inſtit.* (b) *tit. C. de his, qui ante apertas tabul. hereditatem tranſmittit.*

Neceſſarii autem hæredes, item ſui & neceſſarii ſemper hæredes extiterunt, & exiſtunt à morte teſtatoris etiam cluaſis teſtamenti tabulis. 9

l. 3, C. de jure deliber. & l. ex parte 58. ff. de adquir. heredit. & l. 3. §. ult. ff. de heredibus inſt.

Bonorum quoque poſſeſſio ſecundum tabulas agnoſci, & admitti potuit etiam tabulis teſtamenti non apertis. 10

l. 1. §. Sufficit, ff. de bon. poſſ. ſecundum tabul.

Similiter ex aſſe inſtituti hæredes adire hæreditatem poterant etiam ante aperturam tabularum teſtamenti. 11

l. Multum, ff. de condit. & demonſtr. & l. 1. §. ultim. ff. de juris & facti ignorant.

Verum ex nova Iuſtiniani conſtitutione, ſi heredi nihil aliud obſtat, quam dilatio aperturæ tabularum, jus illi eſt adeundæ hereditatis ſtatim à morte teſtatoris, etiam cluſis teſtamenti tabulis, licet extraneus ſit heres, licet item ex parte, non ex aſſe fuerit inſtitutus. 12

Dict. l. un. §. cùm igitur, & §. in noviſſimo, C. de cad. toll.

Dies quoque legatorum, & fideicommiſſorum ex eadem nova conſtitutione cedunt à morte teſtatoris ante apertas tabulas. 13

Dict. l. un. §. cùm igitur, C. d. t.

Quod modum attinet aperiendi tabulas teſtamenti; ſpectandum 14

in primis eſt, quis mos ſit, aut lex civitatis in teſtamentis aperiendis. Deficiente autem loci conſuetudine, aut ſtatuto, ſervanda eſt juris communis ſolennitas.

l. 2. C. quemadm. teſtamenta aperiantur. Facit *l. ſemper in ſtipulationibus 34. ff. de reg. jur.*

15 Communi autem jure apertura tabularum teſtamenti fit coactis à magiſtratu ſignatoribus, vel majori horum parte; & ſigillis recognitis, lino inciſo. *(a)* Si non fuerit ſignatorum copia, præſentibus optimæ opinionis viris aperiuntur tabulæ. *(b)*

a) *l. Cum ab initio 4. l. ſed ſi major 6. ff. teſtamenta quemadm. aper.* vide *ſupr. diſp. 18. theſ. 29.* (b) *l. ſed ſi quis 7 ff. d. t. Iul. Paul. lib. 4. ſent. t. 6. in pr.* & ibi Cujac. *d. l. 2. C. quemadm. teſtam. aperiantur.* Hartman. Piſtor. *lib. 1. obſ. 199. ſupr. hac claſſ. diſp. 11. theſ. 29.*

16 Si quis teſtium ſignatorum ſe negat agnoſcere ſigillum ſuum, non ideo quidem minus aperiuntur tabulæ, ſed hac ratione ſuſpectæ fiunt.

l. 1. § Vlt. ff. teſtam quemadm. aper.

17 Omnibus autem, quorum aliquo modo intereſt, poſtulantibus aperiri atque inſpici, & deſcribi tabulas teſtamenti, gratificari & poteſtatem hanc magiſtratus facere debet. *(a)* Modò ſe non calumniæ cauſa id poſtulare deſiderent. *(b)*

a) *l. 1. In pr. ff. d. t.* (b) *l. 3. C. quemadm. teſtam. aper. ſupr. d. diſput. 11. theſ. 26.*

18 Apertis, inſpectis, & deſcriptis teſtamenti tabulis denuò obſignantur ſigno publico, & in archivum publicum deponuntur, ut exemplo amiſſo fit unde aliud promi poſſit.

Iul. Paul. *lib. 4. ſent. c. 6. in pr.* facit *l. teſtamenta. 18. & l. conſulta 22. C. de teſtam.*

19 Publicationis tabularum teſtamenti effectus eſt, ut deinceps earum publica, & rata conſtet fides, atque authoritas. Et quamvis tabulæ intercidant poſtea, relicta nihilominus valeant, & debeantur.

l. 2. C. de teſtam. & l. un. ff. ſi tabulæ teſtamenti extabunt.

20 Eſt & ille publicationis tabularum teſtamenti effectus quidam, quod hæres in illis ſcriptus deſiderare poteſt, ut in poſſeſſionem rerum hæreditariarum, quas teſtator mortis tempore habuit, vi tabularum teſtamenti non cancellati, neque aboliti, neque ex quacunque ſuæ formæ parte vitiati, mittatur, ſive ex parte, ſive ex aſſe hæres ſcriptus ſit.

l. Vlt. C. de edicto D. Hadriani toll. Qua de lege Menoch. latiſſimè tractat. *de adipiſc. poſſ. Remedio 4.*

21 In poſſeſſionem verò earum rerum, quas alius juſta ex cauſa poſſi-

det,

det, non ante mittitur heres ſcriptus, quam egerit petitione hereditatis, aut rei vindicatione, & vicerit.

Dict. l ult. ubi Bart. Salicet. & alii *C. eod. tit.* Iul. Paul. *lib. 3. ſent. tit. 5. in fin.* ubi Cujac. Bald. *conſ. 436 vol. 3* Fulgoſius *conſ. 194.* Guliel-mus Benedict. *ad c. Raynutius, in verb. mortuo itaque teſtatore, n. 72. & 77. extr. de teſtam.*

Non gaudet igitur hoc beneficio heres à marito ſcriptus contra 22
uxorem, bona, conſtante matrimonio quæſita, poſſidentem.

Petr. Peck *de teſtamentis conjugum, lib. 2. c. 11. n. 5.*

Competit autem hoc beneficium l. ult. C. de edict. D. Hadriani 23
tollend. non ſolum de miſſione in corpora, ſed & actiones, & jura hereditaria.

Iohan. Vaud. *lib. 1. q 33* & Giphan. *ad d. l. ult.* vide Menoch. *d. remed. 4. n. 393 & ſeqq.*

Pluribus poſtulantibus ſe mitti in poſſeſſionem, inter quos contro- 24
verſia eſt, præfertur is, qui potiora jura habere videtur: de quare ſummatim cognoſcit judex, cum in re res celeritatem deſideret.

Dict. l. ult. C. de edict D Hadr. toll. & ibi Cujac. *in Parat.*

Sed quæritur, an poſſit appellari à ſententia in hoc remedio lata? 25
Reo denegandam regulariter appellationem, quòd ad effectum ſuſpenſivum, non devolutivum, concludimus.

Vide Menoch. *d. remed. 4. n 826 & ſeqq.*

Actori vero, ſi reus per ſententiam ſit abſolutus, conceditur appel- 26
latio, etiam quo ad effectum ſuſpenſivum

Menoch. *d. remed. 4. n 876 & ſeq.*

Miſſio in poſſeſſionem actore ex l. ult. cautione ab eo præſtita, per 27
judicem pro ſufficiente acceptata, non licet Reo ab ea judicis approbatione appellare.

Ita judicatum in Camera Imperiali, ut teſtatur collector deciſionum, ſeu præjudiciorum Cam. Imp. *ſub litera M.*

CLAS.

Clas. III. Disputat. XV.

DE INCAPACIBUS & indignis haeredibus, legatariis, & fideicommissariis.

Thesis I.

1 CVm nonnulli, quibus vel hereditas, vel legatum, aut fideicommissum est delatum, incapaces, vel indigni reperiantur, non abs re esse duximus, de his etiam paucis disserere.

Tot. titul. ff. de his, quæ ut indignis, & tot. titul. C. de his, quibus ut indign.

2 Alii incapaces sunt, alii indigni. Incapaces dicuntur, quibus relicta ab initio inutilia sunt, & pro non scriptis habentur; propindeque ad alios pertinent, puta substitutos, alioſve successores.

l. Cum quidam 12 ff. de his, quæ ut indign. l. 3. ff. de his, quæ pro non script hab. l. un. §. in primo C. de hered. instit. Michael Graff. *lib. 2. recept. sent. quæst. 24 num. 2.* Vnde incapax jure & effectu capere quicquam nequit, Cujac *in Parat. C. de his, quibus ut indign.* M. Ant. Peregr. *de jure fisci, lib. 3. t. 1.*

3 In horum numero sunt peregrini, qui cives Romani non sunt. (a) Item deportati, & in opus publicum perpetuo damnati; (b) Tum etiam hæretici, (c) & apostatæ; (d) & id genus alii. (e)

a) *l. 1. C. de heredibus inst. l. sub conditione 6. §. solemus, ff. dict. titul.* (b) *l. sed si hoc 10. §. sed si per pœnam, ff. de in jus vocand. & l. sunt quidam 17. §. 1. ff. de pœnis.* Peregr. *d. lib. 3. t. 4. & 5. per tot.* (c) *l. Manichæos 4. l. Arrianis 5. C. de heretic. & Manichæ.* Peregr. *d. lib. 3. t. 10.* (d) *l. 1. & l. 3. C. de apostat.* (e) de quibus Peregr. *d. lib. 3. de jure fisci.*

4 His ergo connumerantur etiam illi, qui ob delictum per sententiam declarati sunt in bannum Imperii.

Per *l. amissione §. Qui deficiunt in fin. ff. de capit. minut.* Peregrin. *de jure*

Digitized by Google

jure fiſci, lib. 3. t. 7. n. 12. 13. 14. & 25. Andr. Gail. *lib. 2. de pace publ. c. 12. & lib. 2. obſ. pract. obſ. 86. n. 9. & 10.*

INDIGNI verò ſunt, qui ex defuncti hæreditate aliquid & capere poſſunt, & capiunt etiam, ſed quod cœperunt, ipſis aufertur, & fiſco aſſignatur. 5

l. 2. Et t. t. ff. de his, quæ ut indignis, & ibi Cujac. *in Paratitl.* Idem Cujac. *in Parat. C. eod. t. de his, quibus ut indign.* Ant. Peregr. *lib. 2. de jure fiſci, tit. 2. n. 7.* vide Berlich. *part. 3. concluſ. 7. n. 42.* Quod ergò ab indigno aufert fiſcus, prius ipſi indigno præſtandum; Alioqui ab eo auferri non poſſet, quod is nunquam habuiſſet, Michael Graſſ *lib. 2. ſent. recept quæſt. 24. num. 3. & ſeqq.* Codex Fabrian. *lib. 6. t. 15. defin 2. ubi in addition. ſub n. 4. jura allegat.*

Non autem quiſquam alius dici poteſt indignus, quam qui à teſta- 6
tore, vel lege judicatur indignus.

l. 3. ff. De his quib. ut indign. l. 4. C. eod. Peregr. *de jure fiſci. lib. 2. t. 2. n. 2. & t. 4. & lib. 3. t. 7. n. 37.*

Teſtator indignum judicat eum, quem teſtamento heredem ſcripſit, 7
ſed ejus nomen conſultò rurſus induxit.

l. Cum quidam 12. verſ. quod D. Marcus, ff. de his, quæ ut indign. vide Ioh. Dauth. *de teſtam. in l. hæredes palam. num. 15. & ſeqq. f. 494.* Hieron. Pantſchman. *lib. 2. q. jur. q. 22.*

Vt & eum, quem teſtamento heredem inſtituit, ſed codicillis vo- 8
luntatem ſuam eundem non mereri declaravit.

l. 4. C. de his, quib. ut indign. Michael Graſſ. *d. lib. 2. receptar. ſent. quæſt. 25. n. 1.*

Iudicat & eum teſtator indignum, quem teſtamento heredem fecit, 9
ſi ſciens prudenſque in altero poſteriori teſtamento incapacem inſtituerit heredem, quaſi ſubjudicans, ſi fieri poſſet, malle incapacem heredem, quam capacem.

Dict. l. cum quidam, 12. ff. d. t.

Teſtator & eum judicat indignum, qui cum priore teſtamento he- 10
res ſcriptus eſſet, prohibuit teſtatorem, mutato priore, aliud condere teſtamentum.

l. Si ſcriptis 19. ff. de his, quæ ut indig. & l. 1. in pr. ff. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit. Michael Graſſ. *d. q. 25. n. 3.*

Lex indignum judicat eum, qui prohibuit teſtatorem condere te- 11
ſtamentum.

l. 2. C. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit, & l. 1. in pr. ff. eodem tit. ubi Cujac. *in Parat.* Michael Graſſ. *d q. 25. n. 3.* & Vincent. Carot. *deciſ. 15.* & M. Ant. Peregr. *lib. 2. de jur. fiſci. t. 6.*

Digitized by Google

22 Indignus quoque lege judicatur, qui ad sui institutionem coegit defunctum.

l. 1. C. d. t. Vincent. Carotius *d. decis. 15. n. 20. & seqq.*

23 Iudicium tamen uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non est criminosum.

l. Vltim. C. eodem t. & l. ult. ff. dict. tit. vide *supra hac class. disput. 2. thes 33. in fin.*

24 Iudicatur quoque lege indignus, qui defuncti necem inultam omisit, quamvis sit filius defuncti.

l. 1. Si ideo 7. & l. sororem 10. C. de his, quibus ut indign. Petr. Heig. *part. 2. quæstionum juris, quæst. 34.* Peregrin. *dict. lib. 2. t. 5.* elegantem quæstionem vide apud Cœpen. *decis. 10.* Speckhan. *centur. 3. class. 2. quæstion. 12.*

25 Legis quoque authoritate indignus dicitur, quem quis ut filium suum heredem instituit, sed is post mortem testatoris declaratus est suppositus.

l. Auferetur 46. in pr. ff. de jure fisci.

26 Similiter lege dicitur indignus, qui per calumniam testamentum defuncti falsum dixit, vel inofficiosum, in quo ex parte tantum heres scriptus est, vel legatum, aut fideicommissum accepit.

l. 2. Ibi de calumnia. l. alia causa 8. C. de his, quibus ut indign. l. Papinianus 8. §. meminisse 14. ibi improbè dixit. ff. de inoffic. testam. l. edicto, 13. §. penult. ff. de jure fisci. M. Ant. Peregr. *de jure fisci. lib. 2. titul. 7. num. 13.* Michael Graff. *lib. 2. recept. sent. quæst. 25.* Qui enim per calumniam defuncti testamentum dicit falsum is famam ipsius onerare dicitur: Anton. Faber. *in Codic. Fabrian. lib. 6. t. 15. defin. 5.*

27 Iudicatur quoque lege indignus, qui defunctum, cum ille adhuc superstes esset, & infirmus, non curavit, sed per culpam neglexit, puta si medicum ei non adhibuit.

l. 3. ff. De his, quæ ut indig. aufer. Petr. Peck. *de testam. conjug. lib. 1. cap. 47. num. 5.*

28 Sed dubiæ quæstionis est, sitne indignus, vel incapax dicendus maritus, qui uxorem suam interfecit: aut uxor indigna aut incapax, quæ interfecit maritum suum? Indignum hunc dicendum conjugem arbitramur.

Per text. *in l. hi consequenter, 18. §. 1.* ubi gl. Dd. & Costal. *ff famil. ercisc. l. cum ratio. 7. §. Præterea. ff. de bonis damnator. l. Lucius Titius 9. ff. de jure fisci, & in l. sororem 10. ff. de his, quibus ut indig.* At obstare videtur textus *in l. si ab hostibus 10. §. 1. ff. solut. matrim.* de cujus loci intellectu vide Tractatum meum de Regalibus, *cap. 3. num. 46.* Vide etiam Hiero-

Hieron. Pantſchman. *lib. 2. quæſt. 22. num. 59.* Quid ſi caſu vel culpa uxorem occidit? de qua quæſtione vide IC. Ampliſſ. Dn. Chriſtoph. Beſold. *decad. 1. conſ. 1. per tot.* ubi eleganter ut in omnibus.

Eſt & illa quæſtio anceps; ſi indignus heres, ſubſtitutum habens, non adeat hæreditatem, an ſubſtitutus fiſcum excludat, necne? Ajenti ſententiæ inhærendum judicamus. 19

Per rationes pro hac concluſione adductas in d. Tractatu de Regalibus, cap. 3. num. 47.

Non aufertur ut indigno hæreditas ei, qui teſtamentum dixit nullum, ut quod ſolennitatibus deſtitutum illud affirmavit, non enim de judicio defuncti ſed de jure diſputavit. 20

l. 1. ff. De injuſt. rupt. irrit. fact. teſtamento. l. poſt legatum. 5. §. 1. l. ſi teſtam. 24. ff. de his quib. ut indign.

Neque illi relictum aufertur, qui ante judicis ſententiam deſtitit ab accuſatione falſi. 21

l. Alia cauſa. 8. C. de his quib. ut indign. l. Papinian. 8. §. meminiſſe. 14. ubi Cujac. *ff. de inoffic. teſtam. l. edicto. 13. §. pen. ff. de jure fiſci.* Michael Graſſ. *lib. 2. recept. ſent. §. legitima. q. 25. n. 17. in fin.*

Quando autem ab herede indigno hereditas aufertur, & fiſco aſſignatur, tunc fiſcus legata, & fideicommiſſa præſtare tenetur. 22

l. Cum tabulis 16. §. ultim ff. de his, quæ ut indign. l. 2. & l. 3. ff. de his, qua in teſtament. delentur, & l. 4. Cod. de his, quæ ut indign. l. cum fiſco. ubi gloſſ. & Dd. ff. de Senatuſconſ. Syllan. Nonius *conſil. 107.* Alex. *ad l. recuſare. §. meminiſſe. num. 2. ff. ad SCtum Trebell.* Michael Graſſ. *lib. 2. recept. ſentent. quæſt. 24. num. ultim.* Si tamen conſtet totum per vim eſſe factum, vel teſtatorem voluiſſe mutare legata, tunc non debentur, non ſecus ſi voluntatem voluit mutare quoad Inſtitutionem, aut coactè hanc ſolam fecit. *l. quidam. §. 1. ubi gl. ff. ſi quis aliq. teſtar. prohib.* Bartol. *in l. 3. ff. dict. titul.* Michael Graſſ. *lib. 2. recept. ſent. quæſt. 25. num. 6.*

CLAS. III. DISPUT. XVI.

DE OBLIGATIONE, ex tutelæ, itemq́ curæ administratione nata.

THESIS I.

1 SEquuntur tertia & quarta ſpecies quaſi contractus. Tertia ſpecies eſt Tutelæ adminiſtratio; *(a)* ex quâ tutor & pupillus invicem obligantur, etiamſi nullum inter eos negotium ſit contractum. *(b)*

a) Vide *theſin. 2. Diſputationis 1. hujus Claſſis 3.* (b) *§. Tutores quoque. 2. Inſtit. de obligat. quæ quaſi ex contractu naſc. & l. ſi quis abſentis. 5. §. Tutelæ quoque. ff. de oblig & act.* De ipſa tutela, & cura, earumque adminiſtratione latè diſſeruimus ſupra Claſſe *1. Diſput. 14.* Hic ordinis ratione agemus tantum de tutelæ & curæ adminiſtrationibus, ut quaſi contractus duabus ſpecibus.

2 Duplex autem ex tutelæ adminiſtratione naſcitur obligatio, directa, & contraria.

Dict. §. Tutores quoque. 2. verſ. Non tantum, Inſtitut. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſc. d. l. ſi quis abſentis. 5. §. 1. verſ. & hoc autem ff. de Obligat. & Action. & t. t. ff. de contrar. tut. vel util. act.

3 Directa obligatio ex tutelæ adminiſtratione nata eſt, quâ tutor *(a)* pupillo tenetur. *(b)*

a) Qui cum tutor non eſſet, negocia pupilli adminiſtravit, non tenetur hac obligatione, *l. 4. C. de negoc. geſt. & l. 4. C. Qui tutores vel curat. dar. Paul. lib. 1. ſent. t. 4. in fin.*

4 Circa hanc directam obligationem duplex incurrit inſpectio; una quid præſtare tutor pupillo teneatur. Altera quâ actione id præſtare tutor cogatur.

5 Præſtare tutor quod tenetur, eſt redditio tùm rationis, tùm reliquorum.

§. Vltim. Inſtitut. de Attil. tut. & l. tutorem 9. C. arbitr. tut.

6 Reddere autem tenetur tutor rationem in omnibus, quæ facit cùm face-

Digitized by Google

facere non deberet, & in his, quæ non fecit cum facere deberet, præſtando ſcilicet dolum, latam & levem culpam, non etiam culpam leviſſimam.

l. Quicquid 7. C. arb. tut. l. 1. ff de tutel. & ration. diſtrahend. l. à tutoribus 33. ff de admin. tutel. Donell. *lib. 5. Comment. cap. 20. pag. 437.* Sed Conſtantinus Harmenop. *lib. 6. Epit. t. 2.* tradit, de culpa quoque leviſſima teneri tutorem. Cui ſententiæ fundamentum ponere videtur. *l. 4. C. de peric. tut.* Quid autem facere, quid non facere tutorem oporteat, expoſitum eſt ſupra, ubi de adminiſtratione & officio tutoris egimus. vide me *ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. c. 4. n. 108.* Delrio *ibid. c. 13. in fin.* Vultejum *lib. 1. diſcept ſcholaſtic c. 15. pag. mihi. 171.*

In nominibus tamen paternis exigendis remiſſior tantùm negli- 7
gentia, & nimia ceſſatio, id eſt, lata culpa arguitur; *(a)* ut ſi in comparandis prædiis tutor non bonam conditionem elegerit. *(b)*

a) *l. 2. C. arbitr. tutel.* (b) *l. tutor. 7. §. competet. ff de admin. & pericul. tutor.*

Quod attinet actionem, quâ cogi tutor poteſt præſtare ea, ad 8
quæ præſtanda tenetur, ea principaliter duplex eſt: Directæ tutelæ actio, & actio de rationibus diſtrahendis; *(a)* cui utriq; locus eſt finitæ tutela. *(b)*

a) *l. 1. §. Intutela, & t. t. ff de tut. & ration. diſtrahend.* (b) *§. ult. ff. de Attilliano, tutore. & l. 1. §. ultim. & l. 4. in princ ff. de tut. & rationib. diſtrahend.*

Tutelæ actio competit pupillo contra tutorem ad id, quod ex tute- 9
la dari vel fieri oportet, & ſolam rei perſecutionem continet.

l. Pen. ff. rem pupill. ſalv. for. l. 4. ibi, quantique interſuit ejus, C. arb. tut. Donell. *d. c. 15. p. 438. in pr.*

Et tenetur hac actione non ſolùm tutor, qui adminiſtravit, ſed & 10
utiliter honorarius tutor: *(a)* modò tamen priùs is, qui adminiſtravit, & ejus ſucceſſor ſit conventus. *(b)*

a) *l. 3. §. Cæteri, ff de admin. & pericul. tut. & l. 4. §. ſed enim, ff. rem pupill ſalv.* (b) *l. ult. C. de dividend. tutel. & l. tutoris 39. §. in eum, ff de admin. & pericul. tutor.*

Actio de rationib. diſtrahendis ex leg. 12. tab. competit pupillo ad- 11
verſus tutorem in duplum, de iis rebus, quas tutor ex patrimonio pupilli ſubtraxit. *(a)* In duplo autem illo ſimplum continetur; *(b)* & duplicatus non id, quod intereſt, ſed tantùm precium ſive æſtimatio rei. *(c)*

a) *l. Tres tutores. 55. §. 1. ff. de admin. & peric. tut. l. 2 ff de tut. & rat. diſtr.* (b) *d. l. 2. in fin. ff. d. t.* (c) *d. l. 1. §. conſiderandum, ff. eod. t.*

Digitized by Google

12 Præter has duas principales actiones competunt pupillo & aliæ actiones; veluti actio personalis ex stipulatione rem pupilli salvam fore; quæ non solùm contra ipsum tutorem datur, sed & contra tutoris fidejussores: (a) Item hypothecaria actio contra possessores bonorum tutoris. (b)

a) *l. 4, §. Illud sciendum, ff. rem pup. & t. t. Inst. de satisd.* (b) *l. pro officio, 20. C, de admin. tut.*

13 Quòd si plures sint tutores, qui omnes pariter gesserunt, licèt ipso quidem jure singuli in solidum teneantur, (a) attamen ex æquo & bono dividitur inter eos actio, si omnes sint solvendo. Et si unus paratus sit solidum solvere, postulare priùs potest à pupillo contra cæteros tutores, ut sibi actio cedatur; quam etiam non cessam utiliter habet. (b)

a) *l. 2. In fin. C. de div. tutel. l. cùm interdictæ 6. C. arbitrium tutel.* (b) *l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tutel. & ration. distrah. & l. Modestinus. 76. ff. de solut.*

14 Datur quoq; pupillo subsidiaria actio, ut ultimum inde præsidium habeat contra eos, qui satisdationem à tutoribus accipiunt, si vel non curaverunt, ut satisdarent tutores, vel non idoneè passi sunt caveri.

§. Sciendum, Inst. de satisdat. tutor. l Lucius. 46. §. cum testamento, ff. de administr. & pericul. tut. & §. nos autem. vers. legitima tutela, Instit. de Attil. tutor.

15 Restat contraria tutelæ actio, quâ tutori pupillus tenetur in id, quod ipse tutor de suo in rem pupilli impendit; vel rem suam, aut se ipsum pro pupillo obligavit. Ex qua obligatione contraria tutelæ actio tutori adversus pupillum jure comparata est.

§. Tutores, 2. vers. hoc autem, Inst. de oblig. quæ q. ex contr. & l. 5. §. tutelæ, ff. de Oblig. & Action. l. 3. §. 1. & t. t. ff. de contrar. tutel. act. Anton. Faber. *tom. 1. Iurisp. Papin. t. 12. pr. 9. illat. 19. 20. & seqq.* Donell. *lib. 15. Comment. jur. civ.* Petr. Gregor. Tholosan. *lib. 13. Syntagm. jur. univers. cap. 12.*

16 Hac tamen actione tutor salarium pro administrationis opera petere nequit; nisi sit ab eo, à quo datus est, constitutum.

l. A tutoribus 33. §. ult. ff. de administr. tutel. De impensis in res pupillares factis eleganter agit Garsias *de expens. c. 20. num. 7. & seqq.*

17 Quarta species quasi contractus est (a) curæ administratio. (b)

a) Vide *disp. 1. th. 2. sub hac Classe 3.* (b) *l. 6. l. Curatoris 17. & l. Tutori 20. ff. de negoc. gest.*

18 Ex curæ administratione, hoc quasi contractu, mutua nascitur obligatio inter curatorem, & eum, cujus administrata fuit cura. Ut enim curato-

Digitized by Google

rator obligatur adoleſcenti, vel alii, cujus curam petit. (a) Ita viciſſim curatori obligatur adoleſcens, vel alius, cujus petitur cura. (b)

a) *l. Quidquid 7. C. arbitr. tutel. & l. curatorib 17. C. de negot. geſt.*

(b) *l. 1. §. Sed etſi curator, ff. de contraria tutela, vel utili act.*

Obligatur verò curator eo nomine, quòd dolo, vel latâ, aut levi cul- 39
pâ ipſius, adoleſcens, vel alius, quid amiſit, vel non adquiſivit, cùm adquirere potuiſſet.

Dict. l. quicquid. 7. C. arbitr. tut. & l. curatorib 17. C. de negot. geſt. Sed an heredes tutoris & curatoris de illius levi culpâ teneantur, vide Cujac. *lib. 13. obſerv. c. 29. & lib. 21. obſerv. 2.* Anton. Faber. *lib. 1. conjectur. cap. 12.* Henric. à Suerin. *lib. repet. prælect. cap. 1.* Negativam Iuri conſonam putamus, *per l. 1. C. de heredib. tut. & l. 2. C. de Magiſtr. conveniend.*

Et ex hac obligatione datur in curatorem non tutelæ, vel pro tute- 39
læ actio, (a) ſed utilis negociorum geſtorum actio: (b) quâ conveniri curator poteſt, etiamſi cura adhuc perſeveret, (c) ſi de una aliqua ſpecie agatur, veluti quòd res adoleſcentis ſalva eſſe deſiit. (d) Si verò totius curæ ratio repoſcatur, moveri, niſi finitâ curæ adminiſtratione, hæc actio non poteſt. (e)

a) *l. 1. §. Si curator, ff. de eo, qui pro tutore, provè curatore negotia geſſit.* Sed obſtare videtur *l. 3. C. arbitr. tut.* (b) *l. quicquid 7. C. de arbitr. tutel & l. curatorib. 17. C. de negot. geſt. l. 4. §. ultim. ff. de tutel. & rationibus diſtrahend.* (c) *l. ſi cùm adhuc. 16. §. 1. ff. de tutel. & rationib. diſtrahend. l. cùm curatore 26. ff. de adminiſtr. & peric. tut.* (d) *l. 4. §. hanc ſtipulationem, & §. penult. ff. rem pupill. ſalvam fore.* Cujac. *in Comment. in lib. 24. Paul. ad edictum, p. 411. & lib. 17. obſerv. cap. 7.* (e) *l. 2. l. ratione 14 C. de adminiſt. & peric. tutor.* Donell. *lib. 15. C. Comment. c 22. in fin.* & Cujac. *d. lib. 7. obſ. c. 7.*

Non ſolùm autem curator, ſed & ejus fidejuſſor ex ſtipulatione, rem 38
adoleſcentis ſalvam fore, tenetur ipſi adoleſcenti, quoties ei res ſalva eſſe deſiit.

Tot t. Inſt. de ſatiſd. tut. vel curat. l. 4. §. illud. & §. ſeq. l. ſi plures. 12. ff. Rem pupilli vel adoleſc. ſalvam fore.

Quòd ſi excuſſus ſit curator, & fidejuſſor ejus, nec tamen ab his in- 39
demnitati minoris ſatisfactum fuerit, tùm actione ſubſidiaria conveniri poteſt minor Magiſtratus, qui ſatiſdationem, rem pupilli ſalvam fore, vel non exegit, vel non idoneam exegit.

§. Sciendum autem eſt, & §. ſeq & §. ult. Inſt. de ſatiſd. tut. vel curat. & tot. titul. C. de Magiſtrat. conveniend. ubi Cujac. *in Parat.* Atque hæc actio etiam contra ſummos Magiſtratus competit, non tamen de levi ejus

Digitized by Google

ejus culpâ, *l. 2. C. d. t.* Ant. Fab. *lib. 1. conject. c. 12.* Cujac. *lib. 21. observ. cap. 2.*

23 Adolescens verò, ut & quivis alius, qui sub cura est, obligatur curatori eo nomine, quòd hic in illius rem quid impendit.

l. 1. §. Sed etsi curator, ff. de contrar. tutel. & utili action. junct. l. 2 ff de negot. gest. Facit quoque pro hac sententia, quòd pupillus hoc nomine tutori suo tenetur, *l. 3. C. de contra judic. tut.* & ea omnia, quæ legibus constituta sunt de tutoribus, conjunctim, de curatoribus tanquam dicta & constituta accipi debent, *l. qui neque. 8. §. 1. ff. de rebus eorum, qui sub tutel. vel cura sunt, & l. 4. §. qua in tutore, ff. de doli mal. except.*

24 Ex hac autem obligatione competit curatori utilis contraria negociorum gestorum actio, quâ impensam suam, quam in rem ejus, cujus administravit curam, necessariò vel utiliter fecit, petit.

l. 1. § Sed etsi curator, ubi gl. *in verb. contrarium dandum, ff. de contrar. tutel. & util. action. l. si quis absentis. 5. in pr. ff. de oblig. & act. l. ex ex duobus 27. ff. de negot. gest.*

Clas. III. Disputat. XVII.

De Negociorum Gestione.

Thesis I.

1 Dispiciendum nunc de quinta quasi contractus specie, de negociorum scilicet gestione: *(a)* Quæ est actus, *(b)* quo quis res alienas, *(c)* non mandantis & absentis *(d)* administrat.

a) Vide *thes. 2. Disput. 1. hujus Classis.* (b) *l. 2. ibi, ipsum actus sui rationem, & l. eum actum 17. in princ. ff. de negot. gest.* & quia negocia aliena variè geruntur, ut ex sequentibus patebit, generis loco non ineptè ponitur nomen Actus. *arg. l. Labeo ait. 19. ff. de verb. signif. l. actus. 8. C. de feriis, l. heredes. 21. in fin. ff. de testam. l. actus 77. ff. de regul. jur. l. duos 6. in fin. ff. de duob. reis.* (c) Intelligendum etiam est de negotiis hæreditatis jacentis. *per l. ait prætor. 3. § hæc verba. 5 ff. de negot. gest.* Hoc differt negociorum gestio à tutelæ administratione. Illa propriè est rerum,

Digitized by Google

tum, t. t. ff. & C. de negoc. geſt. hæc principaliter eſt perſonæ, l. 1. in pr. ibi, in capite libero, item ibi, ad tuendum eum, ff. de tutel. l. quia perſonæ 14. ff. de teſtamentar. tutel. §. ad certum, verſ. certa autem rei, Inſtitut. qui teſtament. tutor. dar. poſſ. §. item tria, Inſt. de excuſat. tut. (d) l. ſi quis abſentis. 5. in pr. ff. de oblig. & act. §. Igitur cùm quis. 1. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex contract. naſc. l. qui negotia. 11. ff. de neg. geſtis. vide meum commentarium in l. contractus 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 12. Dn. D. Harppr. in §. 1. Inſt. quæ ex quaſi contr. oblig.

Hæc autem duplicem tractatum recipit: unum de generibus negociorum, quæ citra domini mandatum geruntur: alterum de obligatione, quæ ex negociorum geſtione naſcitur. 2

Genera negociorum, quæ citra domini mandatum geruntur, duo ſunt: aut enim quis neceſſitate urgente, vel neceſſitatis ſuſpicione, alterius negocia gerit: aut quis ea gerit ſponte, & propria voluntate. 3

l. Ait prætor. 3. §. hac actione. ff. de negoc. geſt. & l. tutori 28. C. eod. t. Coſtal. in l. ſi pupillis. 6. & l. 35. ff. h. t.

Neceſſitate urgente alterius negocia gerit executor ſententiæ, ſive judicati, quando juſſu prætoris ſententiam ſive judicatum exequitur: (a) ut & curator adoleſcentis, furioſi, mente capti, prodigivé: (b) Item, qui mandatu tutoris tutelam adminiſtrat. (c) 4

a) Dict. l. ait prætor. 3. §. ſi executor. 3. ff. de negoc. geſt. vide ibid. Anton. Faber. in rational. & obſtare videtur l. ſi pignora. 50. ff. de eviction. vide Treutl. vol. 1. diſput. 10. theſ. 2. lit. C. ubi Hunn. p. 704. (b) d. l. ait prætor. 3. §. & ſi furioſi. 5. verſ. curatori autem, ff. d. t. l. curatorem. 6 l. curatoru 17. C. eod. t. (c) l. qui pupillæ 4. C. h. t. procurator enim poſtea quàm conſtitutus eſt, neceſſarius eſt geſtor, l. ſicut initiò. 5. C. de oblig. & action. Cujac. in Parat. C. de negoc. geſt. in pr.

Neceſſitatis ſuſpicione alterius negocia gerit liber homo, cùm bona fide alicui quaſi domino ſervit, exiſtimans ejus ſe eſſe ſervum: (a) ut & is, qui quaſi tutor negocia gerit illius, qui jam pubes eſt. (b) 5

a) l. Si pupilli. 6. §. ſi quis. 5. & l. at quin. 19. §. ſi libero homini 2. ff. h. tit. Obſtare videtur l. is qui. 13. §. 2. ff. commodat. vide Iul. Pacium. centur. 2. quæſt. 59. (b) l. 1. §. ſi quis quaſi tutor. 6 ff. de eo, qui pro tutor. vel curat. negot. geſſ. Weſenb. in Parat. ff. & C. h. t.

Sponte & propria voluntate gerit alterius negocia, qui nulla neceſſitate, vel neceſſitatis ſuſpicione urgente, aliena negocia adminiſtrat; (a) id quod variis fit modis: veluti ſi quis ſe in re abſentis alicui obligaverit; (b) ut ſi pro alio abſque ejus mandato fidejuſſerit; (c) vel ſi procuratori tuo mutuam pecuniam tui contemplatione dedero, ut creditorem, vel pignus tuum liberet; (d) vel ſi quis pecuniam, vel aliam rem ad me perferendam acceperit. (e) 6

Dict. l. 3. §. hac actione 10. l. atquin 19. §. si libero ff. h. t. & l. tutori. 20. C. eod. t. Treutler. *vol. 1. disp. 10. th. 3. lit. A.* (b) *l. 2. ff. h. t.* (c) *l. 3. §. fin. & l. seq. l. fidejussor. 32. l. mandasti. 46. in fin. ff. eod.* (d) *l. si pupilli. 6. §. 1. ff. h. t.* (e) *d. l. si pupilli. 6. §. si quis pecuniam 2. ff. eodem t.*

7 Ejusmodi quoque est negociorum gestor, qui absque tuo mandato alicui dat pecuniam, ne servus tuus occidatur: (*a*) ut & is, qui Titium, quasi debitorem tuum, extra judicium de solvendo debito admonet, & debitum ab eo accipit, idque tu postea ratum habeas. (*b*) Item is, qui fundum tuum aut civitatis absque tuo jussu petit: (*c*) vel alteri me inscio mandat, mea ut is negocia gerat: (*d*) vel alicui ignoranti rem necessariò emat: (*e*) vel indebitum alterius nomine exigat: (*f*) vel fratri, in saltu communi habitationes habenti paternas, ædificia quædam extruat: (*g*) vel non nato postumo, cui testamento tutor datus erat, tutelam administret. (*h*)

a) *l. Si pupilli. 6. §. si Titii ff. h. t.* (b) *d. l. 6. §. item quæritur. 9. & §. seq. ff. eod. l. si pecuniam. 9. C. d. t.* (c) *l. si autem 8. §. item si fundum. ff. eod.* (d) *l. Nam & Servius 21. §. ult. ff. h. t.* (e) *l. sive hereditaria 22. ff. eod.* (f) *l. si quis negocia. 23. ff. h. t.* (g) *l. ex duobus. 27. ff. h. t. l. ab uno. 19. C. eod. t.* (h) *l. cùm pater. 29. ff. h. t. l. si nemo tutorum. 19. §. fin. ff. de testam. tutel. l. 3. §. hac actione, ff. h. t.*

8 Est item hujusmodi negociorum gestor, vitricus, qui repetiturus privignas suas alit, seu pro his mercedes magistris expendit: (*a*) Item mater sive avia, quæ repetendi animo liberis suis alimenta præstat: (*b*) ut & filius, vel quis alius, qui pro suo patre aut alio non donandi animo debitum solvit. (*c*) Et maritus, qui in funus uxoris suæ quasi recepturus, quid erogat: (*d*) tum etiam frater, qui pro sorore tributa solvit: (*e*) vel solvit pro coherede suo fratre pecuniam: (*f*) Item is, qui pupillum aliquò tutorum petendorum gratia ducit, & in eum sumptus facit. (*g*)

a) *l. Si pater no 15. C. de neg. gest. l. Nessennius. 34. vers. at in proposito. ff. eod.* Ludov. Roman. *consil. 255. num. 2.* Quid si privignus vel privigna in servitio fuerit vitrici, eique quotidianas præstiterit operas, an tunc repetere vel deducere possit alimenta, quæstionis est controversæ. Et negativam probavi in Commentario meo *ad §. 1. Inst. de oblig. quæ quasi ex contract. num. 52. & seqq.* Adstipulatorem habeo Martin. Coler. *lib 3. de aliment. cap. 2.* idque æquitatis ratio suadet, ut alimentorum cum operis fiat compensatio: nemo siquidem alteri suo sumptu inservire cogitur. *arg. l. in rebus. 18. §. possunt. 2. ff. commodat.* (b) *l. alimenta 11. ubi gl. in verb. materna pietate, C. d. t. d. l. Nessennius 34. ubi Dd. ff. eod. tit.* (c) *l. si filius. 12. C. h. t. l. cùm pecuniam 43. ff. eod.* (e) *l. quod in uxorem tuam 13.*

C. b. t.

C. h. tit. (e) l. si negocium 16. ubi Gothofr. innot. C. eod. (f) l. sive pro fratre. 3. C. h. t. (g) l. 2. C. d. t.

Est præterea hujus generis negociorum gestor, qui dum negocia 9
procuratoris, tutoris, vel curatoris gerit, simul & mandatoris, pupilli, vel adolescentis negocia gerit, ignorans horum quoque esse negocia: (a) ut & tutor, qui non solùm negocia pupilli sui gerit, sed & negocia ejus pupilli, cujus tutelam pater pupilli sui, cùm moreretur, administrabat: (b) & qui dum causam communis aquæ defendit, sumptus necessarios ac probabiles in communi lite facit: (c) Item mater, quæ ignorante filia à sponso ejus res donatas suscipit. (d)

a) l. Liberto. 31. §. 1. ff. de negoc. gest. (b) d. l. liberto. 31. §. tutorii, ff. d. t. l. ejus qui. 41. vers. earum autem. ff. d. reb. cred. Obstare videtur l. haredes. 25. §. 15. ff. famil. erciscu. l. 3. C. de negot. gest. &c. Vide Me ad dict. §. 1. Inst. dict. t. num. 30. & seq. Iulium Pacium cent. 2. concluf. 63. (c) d. l. 31. §. ult. ff. eod. (d) l. fidejussor 32. §. ult. h. t.

Denique hujus generis negociorum gestor est, qui servum meum 10
ignorante me, vel absente in noxali causa defendit: (a) qui admonitus à meo servo negocia mea gerit: (b) qui emit alicui id, quod is emptum sibi volebat: (c) qui nomine sororis suæ ignorantis dotem à viro ipsius stipulatur, &c. (d)

a) l. Qui servum 41. ff. de negoc. gest. (b) l. si servi 42. ff. dict. titul. (c) l. mandasti 46. ff. eod. (d) l. pen. ff. h. t.

Atque hæc de generibus negociorum, quæ geruntur. Sequitur 11
modò obligatio, quæ ex negociorum gestione nascitur. Ea autem mutua est. Obligatur enim ex negociorum gestione non tantùm is, qui quid gerendum suscepit, sed & ille vice mutua, cujus negocium gestum est. Vnde hîc spectandum, tùm ad quid alter alteri sit obligatus: tùm qua actione, quod obligatione continetur, peti possit.

l. Si quis. 5. in pr ff. de obl. & act. §. igitur cùm quis. 1. Inst. de obl. quæ quasi ex contract. nasc.

Qui suscepit negocium gerendum, obligatur ad rationem redden- 12
dam, (a) gesti & non gesti. (b)

a) l. 2. Vers. & sanè, ff. de neg. gest. (b) l. si pupilli. 6. §. ultim. ff. dict. titul.

Gesti obligatio duas præstationes continet: unam de his, quæ ad 13
gestorem ex administratione pervenerunt: (b) alteram de his, quæ malè sunt gesta. (b)

a) l. 2. ff. De negoc. gest. (b) l. si negocia 11. l. debitor. 13. l. aquin. 19. §. 1. l sive hæreditaria 22. ff. dict. titul. l. tutori 20. l. negocium 22. C. eod.

24 Quæ ad gestorem ex administratione pervenerunt, ea restituere Domino gestor jubetur, sive ea adquisivit ex rebus domini, ut fructus, & pecuniam, quam solutam ejus nomine accepit; (a) Sive extra eas res per occasionem tamen administrationis perceperit ea: putà si fundum tuum vel civitatis petierit negocium tuum vel civitatis gerens, & ampliores, quàm oportuit, fructus consecutus fuerit. Nam & hos fructus restituere domino tenetur. (b)

a) *Dict. l. 2. ff. de negoc. gest.* (b) *l. si autem is fuit. 8. §. 1. ff. dict. tit.* Illud obiter hîc noto, quod is, qui aliena gerit negotia si pecuniam in suos consumsit usus, maximas, vel centesimas usuras præstare cogatur. *per l. si sine usur. 38. §. quoniam. &c. ff. de neg. gest.*

25 Pecuniam item indebitam, quam meo nomine gestor exegit, si ejus exactionem ego postea ratam habeam, mihi restituere jubetur.

l. Si pupilli 6. §. item quæritur, l. si quis negocia 23. ff. eod. t.

26 Malè gesta quod attinet, veluti si arbores succidit, si ædificia diruit, si pecuniam domini malè collocavit, vel quid aliud egit, quod domino damnum adferat, hoc nomine obligatur.

l. Si negocia 11. & l. litis 37. §. 1. ff. de neg. gest. Donell. *lib. 15. Comment. jur. civ. c. 15. p. 419. in fin.*

27 Non gesti obligatio similiter duas continet præstationes. Si quid enim gestor sua negligentia perire passus est, vel non adquisivit, quod adquirere potuisset, utriusque rei nomine pariter tenetur: & quidem ita, ut dolum, culpam latam, & levem, non etiam levissimam domino præstet.

l. Tutori. 20. ibi, cum non tantùm dolum, & latam culpam, sed & levem præstare necesse habeat, C. d. t. l. contractus. 23. vers. dolum & culpam ff. de reg. jur. d. l. si negocia. 11. ibi, culpam & dolum, ff. de neg. gest. Sed & levissima culpa à gestore præstanda videtur *per l. si mater. 24. ibi, cùm omnem diligentiam præstare debeat. C. de usur. & l. in re mandata 21. vers. aliena verò. C. Mandati. & §. 1. in fin. ibi, ad exactissimam quisque diligentiam, Inst. de obl. quæ quasi ex contract. nasc.* Atq; ita sentiunt Ant. Gerhard. *decad. 16. q. 1.* Forster. *lib. 3. disp. 19. th. 1.* Iacob. Cujac. *in notis ad Iul. Paul. lib. 1. sent. t. 4. in pr.* Herman. Vultejus *lib. disceptat. Scholastic. cap. 15. p. 166 fac. 2.* Donell. *d. lib. 15. Comment. cap. 15. p. 420. vers. Hac parte,* Gothtr. *ad l. 3. §. 9. ff. de neg. gest.* Et Ioh. Borch. *ad d. §. 1. Inst. de obl. quæ quasi ex contract. nasc.* Dn. D. Harppr. *in §. igitur. num. 42. & seq. Inst. de obl. quæ ex quas. contr.* Dn. D. Besold. *part. 1. delibat. ad lib. 3. ff. quæst. 30.* Sed hanc sententiam repudiandam arbitramur. *per allegatas leges,* quod & placet Sichard. *ad d. l. tutori 20. C. d. t.* Ant. Faber. *in rational. ad l. 11. ff. d. reb.*

d. reb. credit. Arumæ. *Exercit. Inſtin. 15. theſ. 11.* Matth. Stephani. *cent. 3 q. 90.* Treutl. *vol. 1. diſp. 10. th. 6. lit. D.* vide me *ad t. Inſtitut. de oblig. quæ quaſ. ex contract. num. 43. & ſeqq.* Et *ad L. contractus. 23. ff. de regul. jur. c. 4. num. 112.*

Interdum tamen negociorum geſtor tenetur etiam de culpa leviſſi- 18
ma: ut ſi alius diligentior negocia adminiſtraturus eſſet.

Dict. §. 1. verſ. quo caſu ad exactiſſimam, Inſt. d. t.

Quandoque obligari geſtorem jura volunt etiam de caſu: quem- 19
admodum interdum duntaxat de dolo. De caſu, cùm geſtor novum geſſit negocium, quod non ſit ſolitus gerere dominus. (a) Si caſui fortuito cauſam dedit. (b) Si ſpeciali pacto caſum in ſe recepit fortuitum. (c) De dolo tantùm, ſi affectione coactus, ne bona aliena diſtraherentur, negociis ſe alienis obtulit. (d)

a) *l. Si negocia 11. ff. de neg. geſt.* (b) *§ item is 2. verſ. ſi modo non ipſius culpa. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig.* (c) *l. negotium. 22. C. h. t. l. 1. C. h. t. l. 1. C. commodat.* Philipp. Matthæi. *ad l. 23. ff. d. R. I. n. 41.* (d) *l. 3. §. interdum, ff. d. t.*

Quòd ſi alienæ pecuniæ negocium quis gerat, lucri quoque omiſſi 20
ratio habetur: proindeque uſuras totius temporis, quo pecuniam alienam exercuit & adminiſtravit, præſtare cogitur: & periculum eorum nominum, quæ ipſe contraxit, agnoſcere tenetur: niſi fortuitis caſibus debitores ita ſuas fortunas amiſerunt, ut tempore litis ex ea actione conteſtatæ ſolvendo non eſſent.

l. Si mater. 24. C. de uſur. & l. litis. 37. §. 1. ff. de negoc. geſt. Iul. Paul. *lib. 1. ſent. t. 4. §. ſi pecuniæ,* ubi Cujac.

Si & ipſe geſtor pecuniam domino debeat, à ſe quoque eam exigere 21
jubetur: Quod niſi faciat, debitum incipit eſſe uſuratium, & eas præſtare uſuras tenetur, quæ ex more regionis confici potuiſſent, ſi pecuniam à ſe exigiſſet, & collocaſſet.

l. Si pupilli. 6. §. ult. & l. ſeq. l. divortio. 35. l. litis. 37. §. 1. l. qui ſine 38. ff. de neg. geſt.

Quòd ſi tamen in quibuſdam lucrum factum fuerit, in quibuſdam 22
damnum, dominus lucrum cum damno penſare debebit.

l. Si negociæ 11. ff. d. t.

Actio quâ dominus geſtorem de his, ad quæ obligatus eſt, convenire 23
poteſt, eſt directa negociorum geſtorum actio; (a) quæ omnibus datur, ad quos negocium pertinet, putâ etiam pupillis, & furioſis. (b)

a) *§. 1. Inſt. de obl. quæ quaſi ex contract. naſc.* (b) *l. ſi à furioſo 24. in fin. ff. de obl. & act.* De hac actione vide quoque Schneidew. *ad §. Actio-*

num, Inſt. de act. cap. de actione negociorum geſtorum. Chriſtin. *vol. 2. deciſ. Belgic. 122. per tot.*

84 Hac tamen actione pupillus non convenitur, niſi quatenus ex ea cauſa locupletior fuerit factus: (*a*) proindeque nec ſervus, etiam poſtea manumiſſus, niſi poſt factam manumiſſionem in ea adminiſtratione perſeveraverit. (*b*)

a) *l 3. §. 1. ff. de neg. geſt.* quo loco pro, pupillus ſanè, legendum, pupilli ſanè, exiſtimat Cujac. *lib. 13. obſervat. cap. 7.* (b) *l. eum actum 17. ff. de negot geſt. l. ſi cognati 21. C. dict. titul. facit etiam huc l. ſervi 14. ff. de oblig. & act.*

85 Eſt & illud hîc notandum, quòd hæc datur actio non tantùm illi, ad quem negocium, quod geſtum eſt, re ipſa pertinet, vel ipſo geſtu, id eſt, ab initio, (*a*) etiamſi geſtor putavit alterius fuiſſe negocium, (*b*) vel temporis eventu: (*c*) ſed & ei, ad quem quidem revera non pertinet negocium, modò tamen ejus contemplatione geſtum ſit, & ratihabitio illius accedat, (*d*) nec ad ullum alium hoc negocium pertineat. (*e*)

a) *l. Si pupilli 6. §. pen. ff. de neg. geſt. l. 3. l. ſi filius 12. C. dict. titul.* (b) *d. l. ſi pupilli 6. in pr. & §. pen. in fin. ff. eod. titul.* (c) Vt ſi quis rem meam, quam bona fide poſſidebat, tanquam ſuam, alii vendidit, & ego venditionem illam ratam habeam, vel res illa mea in rerum natura eſſe deſierit, aut à bonæ fidei poſſeſſore uſucapta ſit. *l. ab uno 19. C. de neg. geſt. l. ult. ff. eod. t. l. 3. C. de rei vindic.* (d) Exempla proponuntur *in d. l. ſi pupilli 6. §. idem ait, 10. & l. mandaſti 26. ff. de neg. geſt.* (e) *d. l. 6. §. ſi quis ita & §. pen. ff. de neg. geſt.* Donell. *d. lib. 15. cap. 17. in fin.* Exiſtimat Dn. D. Beſold. *part. 1. delibat. ad lib. 3. ff. quæſt. 28.* quod ob negotia abſque mandato geſta, ſuperveniente ratificatione actio mandati detur, adde Pacium *cent. 2. quæſt. 53.* Forſter. *lib. 4. diſp. 6. theſ. 2. lit. B.* Robert. *lib. 2. ſent. cap. 6.*

86 Quòd ſi quis rem meam contemplatione mei, non tanquam ſuam, alicui vendiderit, & ego ratam habeam venditionem illam, mihi adverſus venditorem non hæc directa negociorum geſtorum, ſed mandati actio competit.

l. Cum mandatu 21. §. ſed ſi non utique. ff. de mandati. Weſenb. *vol. 1. conſil. 250.* An autem ex contractu negocium geſtoris, domino ante ratificationem jus quæratur. oſtendit Cravett. *conſ. 252.*

87 Sequitur obligatio & actio, qua tenetur is, cujus negotium eſt geſtum. Obligatio autem illa continet quicquid negociorum geſtori, hoc nomine, quod geſſit alienum negocium, vel abeſt, vel affuturum eſt; modò utiliter geſſerit negocium.

l. 2. In fin. ff. de neg. geſt.

Abeſ-

Abesse autem gestori intelligitur sumptus, quem in negocia aliena 28
utiliter gesta impendit: (a) ut & pecuniæ impensæ usura. (b)

a) *Dict. l. 2. l. si quis aliena 25. l. ex duobus. 27. l. quæ utiliter 45. ff. de neg. gest. & l. si servum 10. l. ob negotium. 18. C. h. t.* (b) *d. l. ob negocium 18. C. eod. t. & l. Atquin. 19. §. non tantùm 4. ff. d. t. Ne suum officium ipsi sit damnosum. l. si verò. 12. § 9. ff. mandat.*

Abfuturum gestori censetur id, in quod se propter negocium alii 29
obligavit: (a) ut si ad alendam familiam, pascenda pecora, ad insulam reficiendam, quid ab alio emerit: si ut creditoribus absentis debitoris satisfaceret, obligationem in se per novationem susceperit. (b)

a) *Dict. l. 2. ff. de neg. gest.* (b) *l. si quis mandata 28. ff. eod. t.* Donell. *lib. 15. cap. 16. p. 424. in fin. & p. seq.*

Vtiliter verò gessisse alienum dicitur negocium, qui initiò utiliter 30
gessit, quamvis res casu effectum non habuerit: veluti si quis insulam alienam fulserit, aut animal ægrum curaverit; casu verò postea exusta sit insula, aut animal perierit.

l. Sed an ultrò 10 ff. d. t.

Si tamen pupilli negotium absque authoritate tutoris sit gestum, 31
utiliter id gestum non dicitur, nisi is tempore litis contestatæ locupletior factus reperiatur.

l. Litis 37. in pr. ff. eodem t.

Quod voluptatis causa, nulla re urgente, impensum est, uti- 32
liter erogatum dici non potest; proindeque hac obligatione non continetur.

l. Ex duobus 27. ff. d. t.

Si quoque Dominus negotii malè & inutiliter impensum semel 33
probarit, tenetur etiam hujus impensæ nomine.

l. Pomponius 9 ff. eodem t.

Interdum autem licet quis negocium utiliter gesserit, non tamen 34
ei obligatur is, cujus negocium gestum est: veluti si te vetante negocia tua quis gesserit; (a) aut quisquam alius gratis in negocia tua sumptus facere paratus fuerit: (b) vel gestor animo donandi in tua quid impendit negocia, aut pro te fidejussit. (c)

a) *l. Si pro te 40. ff. mandati. l. ult. C. de neg. gest.* (b) *l. 2. in fin. C. d. t.* (c) *l. si filius 22. C. de neg. gest. l. 4. ff. eodem.*

Animo autem donandi impendisse censetur etiam is, qui pietatis, 35
caritatis, aut amicitiæ officio fungens, aliquid impendit: ut si parens quid in liberos impenderit, dum eos aut aluit, aut bonis artibus instruendos curavit: (a) Item si vitricus, qui patris loco est, (b) privignos privignasve aluit, aut pro his mercedes magistris expendit: (c) vel maritus

ritus quid erogavit in uxorem suam ægram: (d) aut quis amicitia paterna ductus, pupillis tutores petiit, aut suspectos postulavit. (e)

a) *l. 1. l. Alimenta. 11. C. de negoc gest. l. quæ pater 50. ff famil. erciſc. l. Neſennius 34. ff de neg. geſt. de qua lege* vide Cujac. *in Comment. in lib. 1. q. Pauli, p. 9. & ſeqq.* Poſſunt tamen parentes hæc repetere ſi oſtenderint, ſe non donandi animo dediſſe, vide Menoch. *lib 2. arbitr. judic. quæſt. 3. cent. 1. caſ. 88. num. 5. 11. & 20. & ſeqq.* Garſiam *de expenſ. cap. 4. num. 4.* (b) §. *affinitatis. Inſt. de nupt.* (c) *l. ſi paterno 15. C. de negot. geſt.* (d) *l. quod in uxorem 13. C. d. t.* (e) *l. is qui 44. ff eod.*

36 Actio, quæ negociorum geſtori competit adverſus eum, cujus negocia geſſit, dicitur contraria negociorum geſtorum actio: (a) quæ etiam pupillus, & furioſus tenentur. (b)

a) §. 1. *Inſt. de obl. quæ quaſi ex contract. naſc.* De hac actione vide quoque Schneidew. *ad §. Actionum. Inſt. de act. cap. actione negociorum geſtorum contraria* Gilhauſ. *in arbor. jud. f. m. 99.* (b) *l. furioſus & pup. 46. ff de obl. & act.*

37 Quòd ſi duo ſint, ad quos negocium pertinet, quæritur an ambo hac actione geſtori teneantur, vel alter tantùm? Et utrumque teneri, ſi vel utriuſque gratiâ nominatim, vel ſimpliciter quis geſſerit negocium illud commune, juris authoritas arguit.

Dict. l. ſi pupilli 6 in pr. ff. de neg. geſt. Donell. *lib. 15. Comment. c. 17. p. 426. lin. 40.*

38 Quòd ſi unius horum contemplatione negocium geſtum ſit, videndum eſt, utrùm ad duos illos negocium principaliter pertineat; an verò ad unum principaliter, ad alterum per conſequentiam.

Donell. *d. c. 17. p. 466. & ſeq.*

39 Quando negocium ad duos principaliter pertinet, placet eum, cujus contemplatione negocium geſtum erit, teneri ſolum, alterum non teneri: ut ſi quis negocia peculiaria geſſerit filii mei, vel ſervi, ſed mei contemplatione, ego illi teneor: ſi amicitia filii, vel ſervi mei, ego ex perſona mea non teneor, ſed ſolùm ex perſona filii, vel ſervi de peculio duntaxat.

Dict. l. ſi pupilli 6. §. ſed ſi ego. ff. de neg. geſt.

40 Cùm negotium pertinet ad duos quidem, ſed ad horum unum principaliter, ad alterum per conſequentiam: ut ſi quis negocia pupilli, vel domini geſſerit, contemplatione tamen tutoris, vel procuratoris, tum non ſolùm tutor vel procurator, ſed & pupillus vel dominus hac contraria negociorum geſtorum actione tenetur.

Dict. l. ſi pupilli 6. in princip. ff. dict. titul. Donell. *dict. capit. 17. pagin. 427.*

Quòd

Digitized by Google

Quòd si casu proposito gestum sit negotium contemplatione tantùm pupilli, vel domini, non etiam tutoris, vel procuratoris, certè tutor vel procurator hac actione non tenetur. 41

Dict. l. si pupilli 6. §. 1. ff. eodem t.

CLAS. III. DISPUT. XVIII.

DE INDEBITI PURA solutione, & rerum communione.

THESIS I.

PRoximum nunc est, ut de quasi contractus specie sexta, indebiti pura solutione, tum etiam de specie septima, rerum scilicet communione dispiciamus. 1

Id enim ordo specierum quasi contractus, suprà disputatione *1. th. 2. hujus Classis 3.* propositus requirit. Sed indebiti puram solutionem, non quasi contractum, sed contractum esse autumat Donell. *lib. 14. Commentar. cap. 16 & 17. & ad Rubr. ff. de rebus credit. num. 23. contra §. Item is cui per errorem 6. Institut. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. & l. si quis, 5. §. is quoque, qui non debitum, ff. de obligat. & action.* Totam hanc materiam eleganter tractatam habes à Cludio *tractat. d. condict. indebit.*

Indebiti pura solutio est, cùm quis per errorem quidpiam, quod non debet, animo liberandi se ab obligatione, absque conventione expressa, de eo, si indebitum appareat, reddendo, alicui solvit. 2

Dict. §. item is, cui per errorem 6. de obl. quæ quasi ex contractu nasc. d. l. si quis. 5. §. is quoque qui non debitum. ff. de obl. & act. l. is qui. 13. §. ultim. ff. commodati. Dico, INDEBITI PURA SOLUTIO; item ABSQUE CONVENTIONE EXPRESSA, DE EO, SI INDEBITUM APPAREAT REDDENDO; ad differentiam scilicet indebiti solutionis, quæ verus ac proprius est contractus; ut cùm hac expressa conventione quis indebitum solvit, ut si post appareat, esse indebitum, reddatur solutum, *l. 2. in pr.* Vbi Iaf. *ff. de condict. indeb.* Illud quæstionis est, si quis recepta syngrapha vel quietatione creditori suo integrum debitum solvit, sed quieta-

Digitized by Google

tionem vel amisit, vel se habere ignorat à creditore iterum conventus, & condemnatus solvit, an reperta quietatione solutum repetere possit? de qua vide Berlich. *aur. decis. 42.*

3 Cæterùm quia hæc indebiti solutio communia habet ea omnia, quæ de indebiti solutione, proprio illo contractu, suprà disputatione 8. Classe 2. dicta sunt, latiore hujus materiæ disquisitione hoc loco supersedebimus.

4 Communio Rerum est quasi contractus, quo duo pluresvé, inter quos res quædam communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes sibi invicem obligantur.

§. Item si inter 3. & §. idem juris est, 4. Institut. de obl. quæ quasi ex contract. nasc. l. item Labeo. 22. §. familiæ erciscundæ, ff. famil. erciscund. §. quædam actiones. Institut. de actionib. & §. si familiæ erciscundæ, Institut. de offic. Iudic.

5 Estque duplex: Communio familiæ, & communio rerum singularum.

Dict. §. item si inter aliquos, 3. & d. §. idem juris est, 4. Inst. de obl. quæ quasi ex contract. nasc. & t. t. ff. & C. fam. ercis. & t. t. ff. & C. communi dividund.

6 Communio familiæ, id est, eorum quæ à defuncto profecta sunt, est inter cohæredes: in eaque spectamus, tum qui cohæredum appellatione hîc contineantur, & obligationem, qua ipsi cohæredes sibi invicem tenentur: tum modum dividendæ familiæ, & actionem, quæ redditur inter hæredes, à communione discedere volentes.

Dict. §. idem juris est, 3. Inst. dict. tit. d. §. quædam actiones, 20. Instit. de actionib. & §. si familiæ erciscundæ, 4. Instit. de offic. judic. & t. t. ff. & C. famil. erciscund. Dico autem Communio Familiæ, non dico Communis Hæreditatis, Sive Rerum Hæreditariarum, quia familiæ nomen lactiùs patet, quam hæreditatis, ut ostendit Cujac. *in Comment. in lib. 23. Pauli ad edictum, p. 377.*

7 Cohæredes hic dicimus non tantùm, quibus testamentaria, sed & quibus legitima obvenit hæreditas; *(a)* & non modò qui jure civili, sed & qui prætorio jure hæreditatem, sive bonorum possessionem adquisiverunt. *(b)* Quin etiam cohæredem hoc loco vocamus filium arrogatum, cui ex Constitutione D. Pii quarta relicta est; *(c)* item cui hæres ex asse institutus partem hæreditatis restituere jussus est. *(d)*

a) *l. 2 In pr. ff. famil. ercis.* (b) *d. l. 2. §. 1. ibi, neque bonorum possessor. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. dict. titul. l. 1. ff. de possess. hered. pet. l. 2. ff. de bonorum possess.* (c) *d. l. 2. §. 1. ff. fam. ercisc.* (d) *d. l. sed & ejus. 24. §. 1. l. si ex asse. 40. ff. d. t.*

Quòd

Digitized by Google

Quòd ſi negetur cohæres, qui diviſionem petit, ab eo, à quo petitur diviſio, videndum an poſſideat petitor, vel adverſarius ille: Priori namque caſu cognoſcit judex, petitor cohæres ſit, nec ne: Poſteriori caſu incumbit petitori, ut priùs contra adverſarium petitione hæreditatis experiatur. 8

l. 1. §. 1. ubi gl. & Dd. *& l. fundus 51. §. 1. ff. fam. ercif.* Ioh. Schneid. *ad §. quædam actiones, 20. cap. de actione famil. erciſc. num. 7. 8. & 9.* vide etiam *l. qui familiæ, 37. ff. fam. erciſc.* repellitur enim exceptione præpoſterationis, proinde ad evitandos circuitus conſultum eſt, ut petitio hæreditatis cumuletur cum actione familiæ erciſcundæ. vide Schneid. *in §. quædam actiones. t. de action. fam. ercif. n. 10.*

Obligatio hujus communionis duas partes habet; quarum una pertinet ad diviſionem ipſarum rerum, altera ad quarundam perſonalium præſtationum, inter cohæredes illos, communicationem. 9

Dict. l. item Labeo. 22. §. familiæ 4. ff. fam. ercif. Donell. *lib. 15. Comment jur. civ. cap. 23. in pr. p. m. 441.* Forſter. *lib. 4. diſp. ultim. theſ. 2. lit.* D. & F.

Res autem in hanc diviſionem veniunt omnes, quæ à defuncto profectę ſunt, ſive earum dominium penes ipſum defunctum fuerit, ſive non fuerit, veluti prædia, quæ noſtri patrimonii ſunt; Item vectigalia, & ſuperficiaria prædia; tum etiam res, quas alienas defunctus bona fide poſſedit; *(a)* licèt ipſi hæredes eas primùm uſuceperint; licèt item à defuncto emptæ, ſed hæredibus traditæ ſint. *(b)* 10

a) *l. Item prædia 10. ff. fam. erciſc.* Magis tamen abſtineri debet à diviſione prædii vectigalis ne præſtatio vectigalis confundatur, *l. communi. 7. in princ. ff. communi divid.* Coſtal. *ad l. item prædia 10. ff. fam. erciſc.* Quòd ſi autem dividentur vectigalia, ſi emphyteutica prædia, domini conſenſus neceſſarius non eſt; neque illi quicquam pro laudemio dandum. Idem Coſtal. *ad l. 1. in fine, & dict. l. 19. ff. dict. titul.* (b) *l. veniunt. 9. ff. d. t.* 11

Partus quoque, poſt aditam hereditatem editus, in hanc diviſionem venit, *(a)* ut & quod ſervis hæreditariis ab extraneo datum eſt; *(b)* Item ſi quid è pecoribus noſtris à beſtia ereptum ſit, & feram evaſerit; *(c)* ut & columbæ, quæ emitti ſolent, & apes, quæ & ipſæ in patrimonio noſtro computantur. *(d)* 12

a) *l. Partum. 11. & l. ſeq. in princip. ff. famil. erciſcund.* (b) *l. & poſt. 12. §. 1. ff. dict. titul.* (c) *l. Pomponius 8. §. ult. ff. eod. t.* (d) *d. l. Pomponius 8. §. pen. h. t.* Vide Colleg. Argentoratenſ. *in Diſp. ad lib. 10. ff. t. 2. theſ. 12. & ſeqq.*

Similiter & uſusfructus, ſi eo deducto fundus, ab hæredibus ſit le- 13

Digitized by Google

garus alicui; (a) ut & ille ususfructus, qui hæreditario servo legatus est, (b) ad hanc divisionem, cautionibus interpositis, pertinet. (c)

a) *l. Sed etsi usucapio, 14. §. 1. juncta l. & puto 16. ff. famil. erciscund.* (b) *l. vel si servo, 15. junct. l. seq. in pr. ff. dict. t.* (c) ususfructus enim divisionem recipit, *l. 1. § si ususfructus, ff. ad leg Falcid. l. 5. ff. de usufr.* vide Cujac. *in lib. 23. Pauli ad edictum, p. 378.* Et de ususfructus dividuitate, vide eundem Cujac. *lib. 7. quæstionum Papin. p. 125.* Hunn. *in tract. de usufr. c. 4. q. 5.* Hotoman. *illustr. q. 20.*

13 Quòd si defunctus uni ex hæredibus nomen legaverit, hæres ille à cohæredibus ex hac obligatione id consequi potest.

l. 4. In pr. ff fam. ercis.

14 Mala medicamenta & venena, ut & libri improbatæ lectionis, puta magici, non dividi, sed protinus corrumpi debent; & si quid ex peculatu, sacrilegio, vi, latrocinio, aut aggressura adquisitum sit, dividi non debet.

Dict. l. catera. 4. §. 1. & 2. ff. d. t.

15 Nomina item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur: (a) ut nec hæreditas militis, si alium castrensium, alium cæterorum bonorum hæredem habeat. (b)

a) *l. 2. §. Ultim. l. catera. 4. in princip. l. hæredes. 25. §. 1. §. idem juris. 13. l. fundus. 51. §. 1. in fin. ff. famil. erciscund. l. ea quæ. 6. C. dict. titul.* (b) *d. l. hæredes ejus, 25. §. 1. ff. eodem t.* Cujac. *in lib. 23. Pauli IC. ad edictum, p. 381.*

16 Personales præstationes, quæ ex familiæ communione nascuntur, sunt, quæ versantur tum in his, quæ ad hæredes ex defuncti bonis profecta sunt: veluti ad liberos bona profectitia. (a) Itemque in fructibus ab uno hæredum ex re hæreditaria perceptis; (b) tum in sumptibus, quos hæredum aliquis bona fide in rem hæreditariam fecit; (c) tum etiam in damnis, ab uno hæredum in communionem factis, (d) aut culpa ejus etiam levi (e) illatis.

a) Veluti dos, & donatio propter nuptias à parente data, *l. patrem 3. l. filiæ dotem. 4. l. filiæ. 12. l. filiam. 16. & l. seq. l. illam. 19. & l. penult. §. final. C. de collation.* Fachin *lib. 5 controv. cap. 77.* Cujac. *lib. 3 observ. 30. & ad Nov. 18.* (b) *l. non est ambiguum 9. l. cohæredibus. 17. C. fam. ercis. & l. inter cohæredes. 44. §. fructus 3 & l. pen. ff. d. t.* (c) *l. his consequenter. 18. §. sumptuum 3. & l. ex parte 39. in pr. l. fundus. 51. in pr. ff. h. t.* (d) ut si quid ex rebus hæreditariis abstulerit, aut corrupuerit, vel consumpserit *l. adversus. 3. l. incerti juris. 19. C. eod. t. l. & puto. 16. §. sed etsi dolo, 4. & §. denique, ff d. t.* (e) *l. contractus. 23. vers sed & societas, ff. de Reg. Jur. dicta leg. & puto. 16. §. sed etsi dolo, l. hæredes 25. §. non tantùm dolum, ff. fam. ercis.*

Prx-

Digitized by Google

Præstationibus illis personalibus adjungimus etiam cautiones, quas 17
cohæres cohæredi præstare tenetur, veluti si adsunt hæreditaria instrumenta, eéque uni ex hæredibus custodienda dentur. Nam hæres ille cautionem interponere jubetur, ut cùm res exegerit, instrumenta illa exhibeantur; *(a)* Item si rem individuam alicui defunctus promiserit, ut ejus nomine singuli hæredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent, ut si quis his conventus, litis æstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur. *(b)*

a) *l. Si quæ sunt. 5. & l. 6. ff. fam. ercisc.* (b) *l. hæredes ejus. 25. §. contra si promissor. 10. ff. d. t.*

Quæ autem pater filio studiorum causa peregrè agenti subministra- 18
vit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, ea ut filius in hanc conferat divisionem; æquitas non patitur.

l. Quæ pater. 50. ff. famil. erciscund. l. legatis 6. ff. de aliment. & cibar. legat. l. 1. §. sed an id 16. ff. de collat. vide *supra disputat. 13. de collat. bonor. thesi 28.*

Neque conferuntur in hanc divisionem, quæ pater filio suo militi 19
dedit, veluti arma, & equi.

l. Si filiusfamilias. 4. C. famil. ercis. Cujac. *ad l. 1. §. nec castrense 15. in fine, ff. de collat. bonor. p. 994.* Wesenb. *in Paratitl. ff. de dotis collat. n. 3.* adde Me *ad §. 3. Institut. de oblig. quæ quasi ex contract. nascunt. num. 21. pag. 508.*

Et licèt olim quævis etiam alia simplex donatio filio aut filiæfam. à 20
parente facta, in hanc divisionem necessario conferebatur; *(a)* nisi condito à parente testamento; *(b)* attamen hodie liberi eam præcipuam habent. *(c)*

a) *l. Si donatione. 13. C. de collat.* Quippe cùm sola morte patris non confirmaretur hæc donatio *l. 1. §. 1. ff pro donato & l. 2. §. ult. ff. pro hærede.* sed nec extremo patris judicio, & morte ipsius *l. penul. ff. de collat. dotis l. 2. C.* Gregor. *famil. ercis.* Cujac. *ad Iul. Paul. lib. 5. sent. t. 11. & ad d. l. 2. ff. pro hærede.* (b) *l. 1. l. filiæ. 4. C. de collat. l. 1. §. maximè. ff. d. t. l. Pomponius Philadelphus 35. ff. famil. ercis.* Et de casu testati patris, & ab eo institutæ filiæ interpretatur *l. filia 18. C famil ercisc.* Cujac. *lib. 3. observ. cap 30. & ad l. 1. §. nec castrense, ff. de collat. p. 993.* Posset etiam sine vitio explicari de filia non sua. Hodie tamen etiam instituti conferunt ex Justiniani Constitutione, *Novell. 19. c. 1.* (c) *l. pen. in fin. C. de collat.* Novo enim jure patris simplex donatio morte ejus confirmatur *l. donationes 25. C. de donat. inter vir. & uxor.* vide *hac class. disp. 13. de collat. bonor. & class. 2. disp. 19. th. 15. lit. B.*

21 Quod attinet modum dividundæ familiæ, generaliter ſciendum eſt, diviſionem hanc fieri, vel ſine judice, vel judice adhibito, *(a)* quem leges arbitrum, item judicem familiæ erciſcundæ ſive dividundæ appellant, *(b)* ſicuti ipſum judicium etiam arbitrium familiæ erciſcundæ. *(c)*

a) *l. Cùm putarem. 26. verſ. planè ſi ſine judice, ff. famil. erciſcund. d. l. 1. l. ſi diviſionem 15. C. dict. t.* (b) *l. ſi qua. 9. ibi, judex familiæ erciſcundæ, & d l. ſi diviſionem 15. ibi, arbiter familiæ erciſcundæ l. ſi cogitatione 21. ibi, arbitri dividundæ hæreditatis, ff. eodem t. l. arbitrium 43. ff. d. t.* (c) *l. coheredibus. 17. C. d. t. l. arbor. 19. §. ult. ff. d. t.*

22 Et ipſemet defunctus hæreditatem ſuam, vel ejus partem inter cohæredes, etiam liberos, teſtamento vel codicillis partitus ſit, ejus diviſio, etiam inæqualis, ſalva tamen cuique liberorum ſua legitima *(a)* ſervari debet; *(b)* excepta diviſione feudi. *(c)*

a) *l. Parentibus, C. de inoffic. teſtam.* Andr. Gail. *lib. 2. obſervat. 116. num. 34. & 5. & obſerv. 119.* (b) *l. quotiens 10. l. filii patris 16. & d. l. ſi cogitationè, 21. & l. ult. C. famil. erciſ. l. ſi filia 20. §. ſi pater, & l. quæ pater 32. ff. d. t.* Andr. Gail. *d. obſerv. 116. & obſerv. 12. num. 23. & ſeq.* (c) *t. 8. in pr. lib. 1. feud.*

23 Quòd ſi res quædam ſint, quæ diviſionem commodè recipiant, earum partes ſingulis adjudicari debent; ita ut ſi unius pars prægravari videatur, is invicem certam pecuniam alteri ſolvat; *(a)* Si verò commodè res aliqua dividi non poſſit, veluti homo, aut mulus, tunc ea res tota uni adjudicanda eſt, qui invicem alteri certam pecuniam pro rata præſtat. *(b)*

a) *l. Quod ſi de una re. Inſtit. de offic. judic. l. & puto. 16. §. uſusfructus, l. item Labeo, 22. §. 1. l. ſi pignori 29. l. cùm putarem 36. l. in judicio 47. ff. famil. erciſc.* (c) *§. quòd ſi commodè, Inſtitut. de offic. jud. l. ſi familia 55. ff. famil. erciſ.*

24 Hinc ſi hæreditaria fuerit juriſdictio in familia, *(a)* cùm ea individua ſit, proindeque explicari pro parte nequeat, *(b)* ab ejus tamen communione cohæres aliquis diſcedere volet, *(c)* adjudicationi locus erit, *(d)* etiam ita, ut ex certo tempore & uſque ad certum tempus, & alternis annis, uſus ſive exercitium juriſdictionis adjudicari poſſit. *(e)*

a) Qualis eſt, ſecundùm Dd. quæ per viam contractus alicui conceſſa eſt. Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſerv. 2. num. 16.* (b) *l. Imperator. 11. ff. ad municipal.* & facit *d. l. hæredes ejus 25. §. an ea ſtipulatio, ff. famil. erciſc.* vide citatos in tract. meo *de juriſdict. cap. 8. num. 43.* (c) id quod poteſt. *l. 1. in pr. l. & puto 16. in pr. ff. d. t.* (d) *arg. d. §. quod ſi commodè.*

Digitized by Google

modè. Inſt. de offic. jud. l. ſi fam. 55. ff. fam. erciſ. (e) *per d. l. & puto 16. §. uſufructus, ff. d. t. & l. cum conſtet 3 § 5 ff de aqua cottid. & æſtiva & l. communi 7. §. cùm de uſufructu, ff. communi divid.* Iohan. Schneid. *ad §. quadam actiones, Inſt. de act. c. de act. fam. erciſ. n. 30.*

Quòd ſi tamen juriſdictio ipſi territorio cohæreat (ſicuti opinione 25
Dd. cohærere ipſi poteſt) *(a)* ut ipſum territorium, ſic & juriſdictio regionibus dividi poterit. *(b)*

a) Andr. Gail. *lib. 2. obſerv. pract. obſ. 62. num. 9.* Bart. *in l. arbor 19. §. ultim. ff. communi divid.* (b) *§. quod ſi de una re. Inſtitut. de offic. jud. l. item Labeo. 22. §. ſed regionibus, ff. famil. erciſcundæ, & l. 3. verſ. cùm autem regionibus. C. communi divid.* Bart. *ad d. l. arbor 19. §. ultim. ff. communi divid.* Iohan. Schneid *ad d. §. quadam actiones, cap. de act. famil. erciſcund. num. 30.*

Sed an juriſdictionem indiviſam, pluribus communem, unus abſ- 26
que aliis exercere poſſit, quæſtionis eſt? Bart. id affirmat, *(a)* ut & indiſtinctè Iohan. de Imola. *(b)* Item Ang. & Alex. de Im. *(c)* Sed Guilielm. de Cun. negat; *(d)* & licèt hujus opinionem ſequantur Bald. *(e)* Paul. Caſtr. *(f)* Anton. de But. *(g)* & Iacobinus de S. Georg. *(h)* eaque communis videatur; *(i)* Bartolo tamen vel potiùs indiſtinctè loquentibus Iohan. de Imola. Ang. & Alex. de Im. noſtrum addere calculum nihil dubitamus. *(k)*

a) Ad l. Pomponius 36. ff. de re jud. qui tamen diſtinguit, ut ſi agatur de commodo multarum, unus ſine aliis judicare non poſſit *(b) ad c. prudentiam, extra de offic. deleg.* (c) *ad dict. l. Pomponius, ff. de re jud.* (d) *ad l. 1. ff de offic conſul.* (e) *ad d. l. 1. ff. d. t.* (f) *ad d. leg. Pomponius 36. ff. de re jud.* (g) *ad d. c. prudentium, extra, de offic. delegat.* (h) *tract. de feudis in verb. Marchio in Italia, verſ. dubitatur etiam.* (i) Ioh. Schneid. *ad d. §. quadam actiones, ff. de act. c. de actione fam. erciſ. num. 31.* (k) *arg. l. via 17. ff. de ſervitutibus, l. 2. §. 1. & §. ex his, verſ. ſed quo caſu, & l. ſtipulationes non dividuntur 72. ff. de verbor. obligat. & l. heredes 25. §. an ea ſtipulatio, ff. fam. erciſ.* vide tract. meum *de Iuriſd. cap. 8 num. 42. & mult. ſeqq.*

Eſt & illud hîc notandum, quòd in illa adjudicatione etiam licita- 27
tioni locus eſt: *(a)* ad quam etiam quandoque extraneus emptor admittitur, maximè ſi ſe non ſufficere ad juſta precia, alter ex ſociis ſua pecunia vincere viliùs licitantem profiteatur: *(b)* quamvis ſi de eo agatur, cui ex hæredibus inſtrumenta hæreditaria conſervanda committi debeant, ad licitationem res deduci non debeat. *(c)*

a) *l. Item Labeo 22. §. 1. ff. famil. erciſcund. & l. ad officium 3. C. communi divid.* (b) *d. l. ad officium 3. in fin. C. dict. t.* vide Schneid. *ad d. §. quædam*

dam actiones cap. de act. fam ercis num. 26. (c) *l. Nam ad licitationem 6. ff. fam. ercis.*

28 Interdum etiam res una vel plures venire possunt, ut pecunia ex precio redacta, alicui ex hæredibus præstetur, puta si ei prælegata sit pecunia.

l. Officio autem 26 ff. fam ercis.

29 Sed cum inter fratres & sorores parentis hæreditas dividenda est, quæri solet, utrum frater major dividere, minor eligere; an verò in partes priùs communi fratrum & sororum arbitrio hereditas dividi, post sortes de singulis partibus mitti debeant: vel judicis officio explicari hanc rem oporteat? Cæterùm arbitramur, si divisio absque judicio, & privatim fiat, ex consensu mutuo, *(a)* vel primam, *(b)* vel alteram *(c)* eligi viam posse: At si contentio de alterutra incidat via, ex recepta consuetudine præferendam esse primam: *(d)* Sin judicio instituto petita sit divisio, judicem fore divisorem, ejusque officio totum hoc negotium explicandum esse, putamus. *(e)*

a) *Per l. si quæ sunt 5. vers. si omnes. l. Lucius. 37. l. quadam. 41. vers. ex diverso, ibi, consensisse eos divisioni, & l. ultim. ibi, fratres communem hereditatem consensu dividentes, ff. famil. ercis & l. 1. ibi, paternam hereditatem ex consensu divisisti. l. si divisionem conventione factam, l. coheredibus 17. ibi, divisionem inter se facientibus, C. d. t.* (b) Canonistæ hanc viam probant, *per c. 1. extra de parochiis*, aliasque rationes; iisque subscribit Guido Papæ *in Decis. quæst. 289.* item Æmil. Ferret. *consil. 1.* Costal. *ad l. 1. ff. fam. ercis.* Ioh. Schneid. *ad d. §. quadam actiones. Institut. de act. cap. de action. fam ercis. num. 59. & seq* (c) quæ communiter à Legistis probata dicitur, *per l. 3. in pr. C. commun. de legat. & fideicommiss.* Schneid. *dicto loco, num. 61. & seq.* (d) ut quæ usu recepta est, & Camera Imperiali approbata, Schurpff. *centur. 1. consil. 71.* Berlich. *tom. 3. pract. conclus. conclus. 21.* Fachin. *lib. 6. controvers. 37.* Matth. Stephani. *cent. 3. quæstion. 94.* Goldastus *lib. 1. de majorat. cap. 27.* Mynsi. *cent. 4. observ. 37.* Gail. *lib. 2. obs. pract. observ. 116. num. 14.* Wesemb. ad Ioh. Schneid. *in d. §. quadam actiones, Institut. de act. cap. de act. famil. ercis. num. 64.* Cujac. *lib. 13. observ. cap. 24.* (e) *l. 2. in pr. ibi, per familiæ erciscundæ judicium dividitur hereditas, d. l. heredes 25. §. judex familiæ erciscundæ, & l. fundus 30. vers.* Herennius Modestinus, *ff. fam. ercis.* Omnino videndus Amplissimus IC. Dn. Christophorus Besoldus. *part. 1. delibat. ex lib. 10. ff. t. 2. f m 575. & seq.* Item *in tract. pereleganti de appellat. cap. 7. num. 11. & lib. 1. Dissertat. Nomicopolit. dissert. 4. num. 16. & lib. 2. dissert. 2. n. 10.*

30 Restat actio, qua cohæres adversus cohæredem de hæreditate dividenda experiri potest. Ea autem est familiæ erciscundæ actio, *(a)* quæ

Digitized by Google

quæ naſcitur coheredibus ſtatim poſt aditam hereditatem. *(b)* Eaque eſt tam in perſonam, quàm in rem comparata, *(c)* quam etiam unus ex heredibus petere poteſt, *(d)* in cujus judicio unuſquiſque heredum, & actoris & rei partes ſuſtinet, *(e)* & cum ea hereditatis petitio concurrere poteſt. *(f)*

a) *Tot. t. ff. & C. fam. erciſ.* (b) *l. qui erat 49. in fin ff. h. t.* Schneidew. *ad d. §. quædam actiones. 20. num. 4. & ſeqq* Weſenb *in Parat. ff. eod. tit. num. 7.* Arnold. ab Haerſolte *in adverſar. de actionibus ad 2. part. Pandect. act. 28. in fin.* Ioh. Oldendorp. *Claſſ. 8. p. 872. n. 10.* (c) *§. quædam actiones, 20. Inſt. de action.* Conſtat enim ex duobus, rebus ſcil. & præſtationibus, quæ ſunt perſonales actiones, *l. item Labeo. 22. §. familiæ erciſ. 4. ff. fam. erciſ. l. incerti 19. C. eodem.* (d) *l. arbitrium familiæ 43. ff. d. t.* (e) *l. 2. §. in familia 3. & l inter. 44. §. qui familiæ 4. ff. eodem, l. judicium. 10. ff. finium regundor.* Is tamen actoris partes ſuſtinet, qui ad judicium provocavit, *l. 2. §. 1. ff. communi divid.* Placuit tamen eum videri Actorem qui ad judicium provocavit *l. in tribus. 13. l. qui appellat. 29. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. commun. divid.* (f) *l. fundus, qui dotis 51. §. 1. ff. hoc titul.*

Sed hæc actio, cùm etiam bonorum poſſeſſori competat, *(a)* quæri poteſt, directa vel utilis ei detur? Et directam ei actionem hanc competere arbitramur. 31

a) *l. 2. §. 1. Et l. ſed & ejus rei 24. §. 1. ff. fam. erciſ.* (b) *d. l. 2. §. 1. ff. d. t.* Diſſentit Iohan. Schneid. *ad §. quædam actiones, Inſtitut. de action. cap. de action. famil. erciſ. num 4.* & Weſemb. *in Paratitl. ff fam. erciſ. numer. 4.* Treutl. *vol. 1. diſp. 19. theſ. 9. lit. B.* ubi vide Hunn. *fol. mihi. 1369. & ſeqq.*

Vtautem hoc judicio de perſonalibus præſtationibus agere poſſit, non tantùm heredem eſſe oportet, verùm ex ea etiam cauſa agere, quam geſſit, poſtea quam hereditatem adiit, *(a)* vel ſcivit hereditarium negocium eſſe, quod geſſit. *(b)* 32

a) *l. Quærat. 49. §. ultim. ff familiæ erciſcundæ.* (b) *l. inter coheredes 44. §. fructus, ff. dict. titul. & l. penult ff. de rebus credit.* cui obſtare videtur. *l. Mævius 52. §. 1. ff. familiæ erciſcundæ.* vide Cujac. *Tractat. 8. ad African.*

Quòd ſi pendente hoc judicio, unus ex litigatoribus deceſſerit, pluribus heredibus relictis, non poteſt in partes judicium ſcindi, ſed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur. 33

l. Si familia 48. fam. erciſ.

In hoc autem judicio condemnationes & abſolutiones in omnium 34

personæ faciendæ sunt & ideò si in alicujus personâ omissa sit condemnatio, in cæterorum quoque personâ, quod facit judex, non valebit. Quia non potest uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.

l. In hoc judicio 27. ff. hoc titul. obstare videtur *l. quædam mulier 41. ff dict. titul.* vide Cujac. *lib. 23. observ. cap. 1. & in lib. 23. Pauli ad edictum pagin. 397.*

35 Atque hoc judicium ampliùs quàm semel agi non potest, nisi causâ cognita: unde si quædam indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest.

l. Filia 20. §. familiæ. ff. h. t.

36 Quòd si hereditas divisa sit cum eo, qui putabatur coheres, quæritur an rei veritate cognita, verus heres ab herede opinato, quod is ex divisione accepit, repetere possit? & cum Paulo IC. distinguimus inter divisionem judicio factam, secuta condemnatione, & eam divisionem, quæ sine judicio facta est, ut priori casu cesset repetitio, posteriori non item, *(a)* nisi transactio intervenerit. *(b)*

a) *l. Cùm putarem 3.* ubi Costal. *ff. famil. ercis.* (b) *l. cùm solus 29. ff. de usurp. & usucap.*

37 Cæterùm nec illud hoc loco prætereundum, quod huic actioni non præscribitur ex tempore, natæ inter coheredes communionis, sed ex eo tempore, quo coheredum aliquis communioni renunciavit.

Per l. 1. in pr. ibi, coheredibus volentibus à communione recedere, & l. & puto 16. in pr. ibi, si volent heredes à communione recedere, ff. famil. ercis. Facit, quòd, cùm uterque possideat res communes, præscriptio præcedere nequeat. Atque ita post veteres sentit etiam Petr. Costal. *ad d. l. 1. in pr. ff. d. t.* An actio familiæ erciscundæ præscriptione 30. Annorum tollatur decidit Fachinæ. *lib. 6. controvers. 36.* Bronchorst. *centur. 2. assert. 14.*

38 Sequitur de communione rerum singularum; quæ est inter eos, quibus quocunque modo res singulæ communiter obvenerunt, veluti titulo hereditatis, legati, donationis, *(a)* societatis, *(b)* vel etiam casu aut voluntate sortiorum. *(c)*

a) *§. Item si inter. Institut. de obligat quæ quasi ex contract. nascuntur. l. si filia 20. §. fam. ercis. ff. fam. ercis.* (b) *l. 2. in pr. ff. communi divid. l. pro socio. 38. §. 1. & l. si actum sit. 43. ff. pro socio.* (c) *§. si duorum 27. & §§. seqq. Institut. de rerum divis. l. arbor. 19. in princip. ff. communi divid.*

39 In hac autem communione duplex inspectio incurrit: Una de obligatio-

gatione, quæ inde nascitur, altera de actione, quæ hujus obligationis nomine competit.

Vide Paul. Christin. *vol. 2. decis. Belg. 181.*

Obligatio hujus communionis duas continet causas; rerum scilicet communium divisionem, & præstationes quasdam personales. 42

l. 1. l. Per hoc judicium. 4 §. sicut autem l. si quis. 6. §. 1. ff. communi divid. facit, *l. item Labeo. 22. §. pen. ff. fam. ercis. & §. quædam actiones, 20. Inst. de actionib.*

Et dividi possunt res communes non tantùm propriæ sociorum, sed & emphyteuticæ, quamvis rectiùs fecerint socii, si abstineant ab agri emphyteutici divisione, ne præstatio pensionis confundatur. 41

l. Communi. 7. in pr. & §. 1. ff. communi divid. An effluxis triginta annis per quos bona in communione manserunt, alter eorum divisionem petere possit? Vide Dn. D. Besold. *decad. 1. consil 8. per tot. ubi eleganter.* Quid si per tempus antiquissimum res steterit communis? decidit Cravetta *consil. 60.*

Continetur quoque hac obligatione res aliena, cujus nomine socii publicianam in rem actionem habent, (a) item quam communiter pignori acceperunt: (b) ut & prædium, in cujus possessionem custodiæ causa missi sunt; (c) multoque magis domus, quàm damni infecti nomine possidere jussi sunt, (d) tum & ususfructus communis. (e) 42

a) *l. Communi 7. & §. qui in rem 2. ff. communi divid.* (b) *d. l. 7. §. si duo sint qui rem 6. & §. inter eos 12. ff. dict. titul.* (c) *d. l. 7. §. item si duo, ff. eod.* (d) *d. l. 7. §. planè si jam, ff. h. t.* (e) *d. l. 7. §. sed etsi de usufructu. 7. & §. cum de usufr. ff. eod.*

Quod autem communiter acquisitum est ex latrocinio, vi, aggressura, sacrilegio, peculatu, hac obligatione non continetur; (a) ut nec quod communiter precariò possidetur, vel ex causa locati, vel depositi. (b) 43

a) *Dict. l. communi. 7. §. inter prædones, & §. seq. ff. communi divid.* & facit, *l. *. §. sed etsi. ff fam. ercisc.* (d) *d. l. 7. §. inter prædones, & §. neque colon, ff. communi divid.*

Quòd si res quædam communis sit, quæ divisionem commodè recipiat, veluti fundus, partes ejus singulis adjudicandæ sunt, & si unius pars prægravare videatur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est, si verò non possit commodè dividi, veluti homo, aut mulus, tunc ea res tota uni adjudicari debet, & is invicem alteri certam pecuniam præstare. 44

§. Eadem interveniunt. 5. junctis §§ præcedentib. & seqq. Instit. de offic.

Judicii l. si quis putans. 6. §. officio judicii. 10. l. communi. 7. §. 1. l. item 10. ff. communi divid. & l. 2. C. d. t.

45 Personales præstationes, quæ hac continentur obligatione, in eo versantur, si sociorum aliquis in rem vel causam communem sumptus fecerit, aut ex ea fructus vel mercedem perceperit, (a) vel dolo aut culpa communioni damnum dederit. (b)

a) *l. Per hoc judicium 4. §. sicut autem 3. & § ultim. & l. seq. l. si quis. 6. in princip. §. 1. §. 2. & 3. l. in summa. 11. l. in hoc. 14. §. cæterum. ff. communi divid.* (b) *l. 3. l. si is cum 20. & l. Sabinus. 28. ff. dict. titul.*

46 Eædem præstationes etiam in eo versantur, si quæ conventio inter socios interposita fuerit, veluti ut fructus alternis annis perciperent.

l. 3. §. 1 l. Si convenerit 23. ff. communi divid.

47 Adjungimus & illud personalibus præstationibus, quod pati tenetur socius, ut alter socius, cùm opus fuerit, ædes communes, aut communem parietem reficiat, vel quid in eum immittat.

l. Si ædes communes 12. ff. comm. divid. obstare videtur, *l. parietem 8. ff. de servit. prædior. Urban.* vide quoque *l. Sabinus 28. ff. com. divid.* & Cujac. *in lib. 7. q. Papin. p. 139. & seqq.*

48 Vt & illud, quod socius socio, cui quid adjudicatur, cavere tenere de evictione, (a) item de eo, quod sub conditio debetur. (b)

a) *l. Item quamvis. 10. § ultim. ff. communi divid.* facit *l. heredes. 25. §. penult ff. fam. ercisc. & l. si fam. 14. C. dict. titul.* (b) *l. cùm socii 26. ff. communi divid.*

49 Sed de personalibus præstationibus illud hìc generaliter notandum, eas hac obligatione de gesto negocio eatenus contineri, quatenus suæ partis causam socius expeditè gerere non potuit; (a) quatenus item sciat rem esse communem. (b)

a) *l. Si quis. 6. § sive autem 2. vers. hoc autem, & vers. seq. & §. si damni infecti 7 l. arbor 19. §. si per eundem, ff. communi divid. l. pen. ff. de rebus cred. & l. si communes 40. ff. de neg. gest.* (b) *l. in hoc judicium. 14. & l. si quis 29. ff. d. t.*

50 Actio, quæ ex hac nascitur communione, dicitur communi dividundo actio: quæ duplex est, directa & utilis.

l. Si quis. 6. in princ. §. 1. ibi, utile tamen, & l. seq. §. ex quibusdam 3. ibi, utile communi divid & § si duo sint 6. ibi, utile communi divid. judicium dari, l. in summa 11 ibi, communi divid. judicium utile datur, l. si quis 29 in pr. vers. ibi, nec utile dandum est, ff. fam. ercisc. Quæstionis est posslit ne testator efficere, quo minus à communione discedatur? Negabo per ea

quæ

quæ habeo *In Comment. ad §. 4. Inſtitut. de obligat. quæ quaſi ex contr. n. 59. & ſeqq.* adde Iulium Pacium *lib. 3. recept. ſentent. §. teſtamentum. quæſtion. 67.*

Directa competit, ſi proprietas rei ſit communis: (a) utilis, ſi quod 51
aliud jus commune fuerit, veluti uſusfructus, vel pignus. (b) Item directa locum habet, ſi quis ſciens ſibi eſſe rem cum vero ſocio communem, quid in eam impendit, vel fructus ex ea percepit; utilis, ſi quis putans ſibi cum Titio rem communem cum alio, tale quid fecerit. (c) Denique directa datur, ſi corpora manſerint communia; utilis ſi non manſerint communia, ſed vel interierint, vel ab altero ſocio ſint alienata. (d)

a) *l. Per hoc judicium. 4. in pr. ff commun. divid.* (b) *l. communi. 7. §. ſi duo ſint, 6. & §. ſeq. ff. dict. titul. l. ſi cujus 13 §. ſed ſi 3. ibi, quaſi communi dividundo judicium, ff. de uſufructu, junct. l. Lucio. 4. ff. de aqua quotid. & æſtiv.* (c) *l. ſi quis 6. in pr l. ſi quis. 29. in princ. ff. commun divid.* (d) *dict. l. ſi quis 6. §. 1. l. ſed poſtquam. 9. l. in ſumma 11 ff. dict. titul.* An autem Correo contra correum competat actio communi dividundo examinat Dn. D. Beſold. *part. 1. delibat. ad lib. 10. ff. titul. 3 fol. mihi 580. & ſeqq.*

Eſt illud commune utriuſque judicii, familiæ ſcilicet erciſcundæ, & 52
communi dividundo, quòd ſi coheres, vel ſocius aliquis in diviſione ultra partem dimidiam, ex ſententia Dd. (a) læſus ſit, condictione ex lege (b) ad reſcindendam diviſionem agere poteſt, ſive ſine judice, (c) ſive accepto arbitro, (d) facta fuerit diviſio.

a) *l. Lucius 58. in fin ff famil. erciſc* Bart. Bald. & Salic. *ad l. 3. C. communia utriuſque judic.* Welemb. *conſil 74. numer. 8. part. 2* Nicol. Everh. *jun. conſil. 20 num. 22. volum. 1.* Diſſentit Ar. Pinel. *in l. 2. C. de reſcind. vendit. part. 2. cap. 1. numer. 1.* Molin. *ad conſuetudines* Pariſ. *§. 15. & §. 22 num 42* ubi dicit, hic ſufficere læſionem, quæ non ſit modica. Idem putat Fachinæ. *lib. 8. controverſiar. jur. cap. 36 pag. 325. verſ. ſed alia controverſia.* Enormis autem læſio probanda eſt, Everh. *jun. dict. conſil. 20. num 21. ubi alios allegat* (b) Schurff. *conſil. 28. num 9. centur. 1.* Sichard *ad l 3. num 9. C. communia utriuſque judicii.* Verum autem hujus actionis libellus alternativus eſſe, vel præcisè reciſſio diviſionis peti debeat. Vide Sichard. aliis contradicentem *ad d l. 3. C communia utriuſque jud.* item Molin. *ad conſuetud.* Pariſ. *§ 22 num. 42* & Pinel. *ad l. 2. C. de reſcind vend part. 2. cap 1. num 4. & part. 3. c. 3. per tot.* (c) *l. ſi ſoror 8. C. de collat.* (d) *d. l. 3. C. com utriuſque jud.* Sed an idem ſit dicendum de diviſione per ſortem facta, diſceptant Dd. Schurffius *d conſil. 28. num 9.* affirmat: Nicol. Everh. *jun. dict. conſil. 20. num. 20. num 23.*

ut & alii, quos refert Pinel. *ad d. l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 1. pag. 254.* At negare videtur Sichard. *ad d. l. num. 2. C. communia utriusque jud.* per *l. 2. C. de pact. l. de fideicommisso, C de transact. & l. ult. C. de legat.* adde Dn. D. Besold. *dict. part. 1. delibat. ad lib. 10. ff. quæstion. 2. p. m. 577.*

53 Denique & illud hîc notandum, quod divisio inter minores 25. annis facta sine decreto judicis, non valet: (a) Nisi major ad divisionem provocet minorem. (b) Vt & illud, quod divisione facta, ad præstandum id, quod ipsa divisione cuique parti obvenit, præscriptis verbis actione peti potest. (c)

a) *l. Si pupillorum. in pr ff de reb. eor. qui sub tutel. vel cura sunt. & l. 4. C. de præd. & alis reb. minor.* Nicol. Everh. *jun. dict. consil. 20. n. 11. vol. 1.* (b) *l. pen. C. de prædiis minor.* gl. in *d. l. si pupillorum, in princ. ff. de reb. eorum, qui sub tutel. vel cura sunt. l. 1. §. si communis, ff. dict. t.* (c) Est enim divisio permutationis species, quæ præscriptis verbis actionem parit. *l. cum pater. 77. §. hereditatem. 18. ff. de legat. 2. l. his consequenter. 18. §. idem quærit. & l. si filia. 20. § hoc amplius. ff. fam. ercisc. l. si familiæ. C. eod. l. si fratre. C. commun. utriusque judic.* Cujac. *in l. 66. §. penult. & §. ultim. ff. de eviction. & ad quæst. Papinian. lib. 28.*

Clas. III. Disputat. XIX.

De Obscuratione finium; Litis contestatione: & Possessione rei exhibendæ.

Thesis I.

1 Annumeramus quasi contractibus etiam casualem finium agrorum obscurationem, litis item contestationem, & possessionem rei exhibendæ.

Vide supr. th. 3. disp. 1. hujus Classis.

2 Obscuratio [a] finium agrorum casualis, [b] est quasi contractus, [c] quo agrorum terminis absque culpa [d] confinium mutatis, [e]

tis, [e] aut confusis, [f] alter confinis alteri, tum ad ipsos fines regundos, [g] id est, ad suam normam & certitudinem dirigendos, [h] ut quod intra justos fines quisque habet, id totum retineat, si quid amplius, id vicino restituatur; [i] tum etiam ad personales quasdam præstationes obligatur. [k]

a] Hac voce quasi hunc contractum non ineptè exprimi arguit, *l. 2. §. 1. ibi, amovendæ veteris obscuritatis, ff. fin. reg.* [b] *l. sed si rivus. 6. l. si irruptione 8. ff. d. t.* [c] Parit enim actionem in personam, *l. 1 ff. d. t.* qualis actio est ex obligatione, *l. actionum. 25. in princ. vers. In personam, ff. de O. & A.* proindeque vel ex contractu, vel quasi contractu, ex quasi delicto: quæ causæ sunt obligationis & actionis in personam, *§. omnium autem. vers. namque agit unusquisque. Institut. de action. & §. sequens, Institut. de obligat.* Cum autem neque fit ex contractu, neque ex delicto, aut quasi delicto, cùm casu contigerit, sequitur quòd fit ex quasi contractu, *arg. t. Institut. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc. in princ. & § tutores, cum §§. seqq.* [d] Obscurantur agrorum fines vel culpâ, puta dolo confinis, vel absque ejus culpa: Priori casu ipsa finium obscuratio non est quasi contractus, sed delictum, *l. 4. §. si dicantur, ff. fin. regundor.* Mudæus *ad §. Item finium regundorum. num. 3. Institut. de action.* Posteriori casu est quasi contractus, ut modò ostendi, & tradit gl. *ad §. hæres quoque. in verb. intelligitur. Institut. dict. titul.* & alii, quos allegat & sequitur Hieron. *de monte in tract. de finib. cap. 38. num. 8. 11. & seqq.* Dissentit Oldendorp. *class. 3. act. 14. p. 457. circa fin.* & Wesemb. *ad d. §. quædam actiones, Inst. de act.* [e] *l. 1. ibi, propriis finibus ejus mutatis, C. fin. reg.* [f] *l. si irruptione 8. ibi, fines agri confuderit, ff. eod. t.* [g] uti arguit *t. t. ff. & C. fin. reg.* Dicimus etiam dirimere fines, *l. 2. §. 1. ff. dict. t.* tum etiam disterminare, *l. 4. §. pen. ff. eod.* [h] *d. l. 2. §. 1. ibi, per aliam regionem fines dirigere, ff. d. t.* Donell. *d. §. quædam actiones, num. 5. Inst. de actionib. & lib. 9. Comment. jur. civ. cap. 11. pag. 440. lin. 2.* Fines, ait, regere, est fines & terminos agrorum confinium ad suam rectitudinem redigere, [i] *l. 4. §. si alter fundus, l. de modo 7. & l. si irruptione 8. in pr. & §. 1. ff. fin. regundor. l. 2. C. eod. t.* [k] *d. l. 4. §. 1. & 2. ff. eod.*

In hoc igitur quasi contractu spectantur in universum tum qui ex 3
hoc quasi contractu obligentur; tum ipsamet obligatio & actio, quæ ex eo quasi contractu nascitur.

Obligantur autem ex hoc quasi contractu confines, ut sunt, quorum 4
prædia rustica continenter conjunguntur, non etiam qui habent vicina prædia urbana.

l. 2. In princ. & l. sed & loci. 4. §. hoc judicium 10. ff. finium regundor.

Propriè quidem confines appellantur, quorum prædia rustica utrinque se con-

ſe contingunt; ut vicini propriè, qui urbana prædia vicina habent, *d. l. 4. §. hoc judicium 10. ff d. t.* Verùm & ruſtica prædia vocantur fundi & agri vicini, *d. l. 4. § ſi communem 7. & §. finium regundorum 9. & l. quia magis. 5. ff. eod. t.*

5 Quòd ſi etiam in urbe quorundam horti continentur, inter eos quoque ex hoc quaſi contractu obligatio naſcitur.

Dict. l. 4. §. hoc judicium 10. verſ. in urbe, ff h. t.

6 Tum etiam inter eos, qui confines agros habent vectigales, aut fructuarios fundos poſſident, vel poſſident agros jure pignoris.

Dict. l. 4. §. finium regundorum 9. ff d. t.

7 Et obligantur ex hoc quaſi contractu, non ſolùm qui ſinguli ſingulos habent fundos confines, ſed etſi plures ſint utrinq; confines, qui poſſident agros.

Dict. l. 4. §. non ſolùm 8. ff. eod. t.

8 Non autem obligantur ex hoc quaſi contractu plures, quorum duo aut tres à parte confinii una communem, unus verò ab altera confinii parte proprium poſſidet fundum; *(a)* ut nec duo ſocii, qui communem fundum habent. *(b)*

a) *Dict. l. ſed & loci. 4. §. ſi communem fundum. 7. ff. h. t.* (b) *d. l. 4. §. qui communem 6. ff eod. t.*

9 Quod attinet obligationem hujus quaſi contractus, in ea duo verſantur: unum eſt, ut fines & termini agrorum confinium ad ſuam rectitudinem redigantur: *(a)* alterum perſonalibus præſtationibus continetur. *(b)*

a) *l. 2 §. 1. Et t. t. ff. & C. fin. regund.* (b) *l. 4. §. 1. & 2. ff. eod. tit.* Vide Baptiſt. Cæſar. *conſil. illuſtr. tom. 3. conſil. 4. & conſil. 45. cum ſeq.*

10 Rediguntur autem fines agrorum ad ſuam rectitudinem, ſi aut veteres termini probati declarentur & notentur, ut de his in poſterum conſtare poſſit, *(a)* aut fines novi, amiſſis planè vel confuſis omnino veteribus, inſtituantur. *(b)* Unde Baldus *(c)* judicium finium regundorum diſpertitur in declaratorium & divitorium.

a) *l. Si irruptione. 8. in princ. ibi, terminoſq; per menſorem declarari, l. in finalibus 11. ff fin. regundor.* Donell. *lib. 9. Comment. 11. p. 440.* (b) *l. 2. §. 1. l. quo caſu 3. l 4. in pr. ff. eod. t.* Hieron. de Monte *tract. de finib. c. 30. num. 7.* (c) *ad l. 3. num. 3. C. eod. t.*

11 Probantur autem veteres termini vel per certos limites agris poſitos, qui varii ſunt, *(a)* vel per teſtes, *(b)* etiam de fama publica deponentes, *(c)* vel per liberos antiquos, *(d)* aliave inſtrumenta, vel ſcriptu-

Digitized by Google

pturam pro finibus factam, [e] vel quæcunque alia adminicula, [f] veluti præſumptiones, conjecturas, & indicia. [g]

[a] Veluti lapides antiqui ad diſterminanda prædia apponi ſoliti. Maſcard. *de probat. vol. 1. concl. 400.* Hieron. de Monte *in tract. de finib. cap. 20.* Qui lapides debent eſſe vel immobiles, vel ſi mobiles ſint, ſub ſe habere debent carbones, aut parvos lapillos, qui judices vocantur, Hieron. de Monte *in d. tract. c. 17. nu. 3. & cap. 19.* Etſi territoria lapidibus diſterminentur, inſculta iis plerunque ſunt civitatum inſignia. Æreis quoque tabulis veteres diſtinguere ſolitos fuiſſe agros, arguit *l. qui tabulam. 8. ff. ad l. Iul. pecul.* quæ erant publica monumenta, Cujac. *in lib. 2. reſp. Papin p. 68. col. 1.* Vide Dn. D. Beſold. *in tract. de territor. jure. cap. 2.* Arbores item ſignatæ, & foſſæ, tum etiam ſacellæ, fontes & rivi quandoq; ſunt agrorum limites, Hieron. de Monte *in d. tract. de finib. cap. 17. nu. 7. 8. & 9.* Provinciæ & Diœceſes terminantur per vias publicas, per flumina, per caſtra, montes. Hieron. de Monte. *d. c. 17. nu. 11. &* Mynſ. *6. obſerv. 25. nu. 2. & 3.* de vocabulo Marckſtein/ vide Gilhauſen, *in Arbor. Civil. cap. 6. part. 2. art. 2. §. 10. nu. 5. & ſeqq.* & Dn. D. Beſold *in theſaur. practic. lit. M. nu. 22.* [b] *c. cum cauſam. Ext. de probat.* *Qui autem teſtes ad probandos fines idonei ſint, latè exponit.* Maſcard. *de probat. vol. 1. concl. 395.* Mynſ. *d. cent. 6. obſ. 26. nu. 2. & ſeqq.* & Hieron. de Monte *in tract. de finib. cap. 50. & ſeq. & 55.* [c] *d. c. cum cauſam. Ext. de probat.* Mynſ. *d. obſerv. 26. nu. 6.* Maſcard. *d. vol. 1. concl. 396.* & Hieron. de Monte, *d. cap. 55.* [d] *d. c. cum cauſam, Ext. de probat.* Mynſ. *d. obſer. 26.* Hieron. de Monte, *cap. 62.* Maſcard. *d. vol. 1. concl 398.* [e] Hieron. de Monte, *cap. 60. & 62.* Maſcard. *vol. 1. concl 399.* [f] *d. c. cum cauſam Ext. de probat.* [g] Hieron. de monte, *cap. 53. & ſeq.* Maſcard. *de probat. vol 1. concl 397. & concl 393. nu. 12. & ſeqq.*

Eatenus tamen in finalibus queſtionibus vetera monumenta ſequimur, quatenus varietate ſucceſſionum, & arbitrio poſſeſſorum fines, additis vel detractis agri, poſtea permutati non ſint. [a] Quæ tamen mutatio probanda, non præſumenda erit. [b] 12

[a] *L in finalibus 11. ff. fin. regun. & l. 2. C. d. tit.* [b] ut pertextus modò adductos probant Dd. quos citant & ſequuntur Hieron. de Monte *in tract. de finib. cap. 21. in princ.* & Maſcard. *de probat. vol. 1. concl. 393. nu. 8.*

Vnde ſi quis propè confinium duos fundos habens, unum vendiderit, & certos ei fines ſtatuerit in ipſa venditione, certè in finali quæſtione, non veteres, ſed novi illi fines obſervari debent. 13

l. eos 12. & ibi Coſtal. *ff. fin. reg. & l. 1. & 2. C. d. t.* Vide Zaſ *in Intellect. ſingul. in explic. d. l. eos 12. ff. d. tit.*

Novi autem fines, amiſſis planè vel cõfuſis omnino veteribus, inſtituuntur, tum explorando per menſores modum, ſive quantitatem cujuſq; prædij confinis, [a] tum dirigendo fines per regionem aliam, ſi id neceſſitas aut utilitas confinium poſcat. 14

[a] *l. de modo. 7. & l ſeq. ff. fin. regund. l. 3. l. 4. ibi, agri modum, eod. tit.* Vide Cujac. 10. *obſervat. 2.* ubi docet, quod agrorum militibus aſſignatorum certus modus

Digitized by Google

formis & ære continereetur. [b] *l.2. §.1. verſ. etſi fortè amovenda, & l.ſeq. ff.d.tit. & §. ſi finium regundorum, Inſt de off. Iud.* Mynſing. *d. Cent 6. obſer.77.*

15 Hinc ſæpenumero opus eſt, ut ex alterutrius prædio alii quid adjudicandum ſit: quo caſu conveniens eſt, ut is alteri certa pecunia condemnari debeat.

d.l 2.in fin.l.3.l.4 princ ff fin.regund.& d.§, ſi finium, Inſtit de off.Iud. & §.quadam. actiones, verſ in quibus tribus, Inſt. de act. De terminorum maxime lapidiorum inſpectione, elevatione, & repoſitione vide Gilhauſen. *dict. arb. Iudic. Civil. cap.6 part.2. artic.2. § 10. fol. m 431.* Rutger Ruland *de Commiſſar. & commiſſ. ibi citatus.*

16 Quòd ſi alter fundus duorum, alter trium ſit, poteſt Iudex uni parti adjudicare locum, de quo quæritur, licèt plures dominos habeat.

d. l.4.§. ſi alter fundus, ff. fin.regund. Cujac. *2. obſerv.39.*

17 Quod attinet perſonales præſtationes, eæ verſantur in his, quæ ab uno ex confinibus vel percepta ſunt, vel expenſa. Si quis enim ex confinibus aliquam utilitatem eo loco perceperit, puta poma decerpſerit, aut ligna decideterit, aut alios fructus perceperit, de eo confini ſuo obligatus eſt.

d. l.4. § 1.& 2. ff.fin.regund.l. fructus 45. ff.de uſur. Cujac. *in librum 23. ad edictum pag. 372.*

18 Si item alter confinis agri menſorem ſolus ſua expenſa conduxerit, in partem ejus mercedis obligatum confinem habet.

d.l.4. §.1.verſ.ſed etſi menſor, ff. finium reg. Merces, quæ agrimenſoribus datur, honorarium appellatur, *l. 1. §. 1. ff. Si menſor falſ. mod. dix.* Geometria, quam menſores profitentur, eſt ars liberalis, & Geometra ſpectabilis dicitur, ſi publicè doceat eam artem, ſi non doceat eam, Clariſſimus appellatur, Cujac. *in libr. 23. ad edict. pag. 372. col.2.*

19 Quòd ſi etiam in fine arbor aliqua ſit ſuccidenda, aut ædificium deponendum, vel pars ejus, non quidem licebit confini ſuccidere eam arborem, aut ejus radices recidere, vel deponere illud ædificium, attamen hoc nomine confinem obligatum habet.

d l. ſed & loci.4 §. ſed etſi Iudic.3. ff. eod.tit. l. ſi plures 6.§. arbor ff arbor. furt. ceſar.

20 Reſtat actio, quæ ex hoc quaſi contractu de finali quæſtione, [a] ſive jurgio finali [b] naſcitur. Ea autem eſt finium regundorum actio, [c] cujus Iudex dicitur finium regundorum Iudex, [d] & judicium, finium regundorum judicium [e]

[a] *l. in finalibus 11. ff. fin. regund. & l 4. l. ultim. C. d.tit.* [b] *l. pen. C. d.tit.* [c] *l.1.4. §. finium regundorum actio, & l.ult. ff.eod.* [d] *l.2.§.1.ff.d.tit.* [e] *l.4.§.1.§ ſi communem, l. judicium 9. ff.h.t.* Vide Paul. Chriſtinæ. *Deciſ. Belgic. vol.2. deciſ.183. & ſeqq.*

21 Eſt autem tale finium regundorum judicium, ut in eo ſingulæ perſonæ duplex jus habeant, agentis, & ejus, cum quo agitur. [a] Magis tamen placuit, eum videri actorem, qui ad judicium provocaſſet; [b] ſed cum ambo ad judicium provocant, ſorte res diſcerni ſolet. [c]

a *l. ju-*

Digitized by Google

[a] *l. judicium communi 10. ff. fin. regund.* [b] *l. in tribus. 13. ff. de judic. & l. 2. §. 1. ff. Com. divid.* [c] *l. ſed cum ambo 14. ff. de judic.*

Et finium regundorum actio miſtam cauſam obtinere videtur, tam in 22
rem, quàm in perſonam; [a] principaliter tamen eſt in perſonam. [b]

[a] *§. quædam actiones, Inſt. de action.* [b] *l. 1. ff. fin. regund.* Donell. *ad §. omnium autem, num. 8.* & ad *d. §. quædam actiones, Inſtit. de action. num. 8.* tradit, quòd hæc actio revera ſit in perſonam omninò; ſed Cujacius *in libr. 13. Pauli ad edict. pag. 370.* ſcribit, quòd hæc actio ſit principaliter vindicatio, nempe finium vindicatio.

Non ſolùm tamen ex quaſi contractu hæc actio naſcitur (in cujus judi- 23
cium poſt litis conteſtationem etiam culpa & dolus venit) [a] ſed & ex delicto. [b] Et ſi conſtiterit, eum qui finalem detulerit quæſtionem, priuſquam aliquid ſententiâ determinetur, rem ſibi alienam uſurpare voluiſſe, non ſolùm id, quòd malè petebat, amittit, ſed (quo magis unuſquiſque contentus ſuo rem non expetat juris alieni) qui irreptor agrorum fuerit in lite ſuperatus, tantùm agri modum, quantum adimere tentavit, amittat. [c]

[a] *l. 4. §. poſt litem autem conteſtatam, ff. fin. regun.* [b] *d. l. 4. §. ſi dicantur termini dejecti. ff. d. tit.* Gabriel Mudæus *ad d. §. item finium regundorum, nu. 3. Inſt. de act.* [c] *l. 4. C. fin. regund.*

Eſt & illud hîc notandum, quòd in finali quæſtione non longi temporis, 24
ſed triginta tantummodo annorum præſcriptio locum habet.

l. pen & ult. C. d. tit. Hieron. de Monte *tract. finium regund. cap. 74.* Cujac. *ad l. 4. §. ult. ff. de uſurp. & uſucap.* Petr. Coſtalius *ad l. 1. ff. fin. regund.*

Fines tamen provinciarum, diœceſium & regnorum, ſi manifeſtè olim 25
diſtincti ſint, ut de iis conſtet, nullo modo præſcribi poſſunt; quod ſi dubii ſint, præſcriptionem admittunt, nō tamen ut fines, ſed ut ſolum proprium.

c. ſuper eo. extr. de Parochiis c. quicunque. verſ. ſed hoc, & c ſeq. c. inter 16. q. 3. Mynſ. *cent. 6. obſer. v. 28.* Hieron de Monte *tract. de finib. cap. 75. & ſeq.* Menoch. *conſ. 147. nu. 44.* Petr. Coſtal. *ad l. 1. ff. fin. regund.*

Et tantum de finibus regundis. Litis conteſtatio eſt ejus rei, de qua con- 26
troverſia eſt, petitio apud judicem ab actore propoſita, & Rei, id eſt adverſarii negata reſponſio. [a] Eadem etiam judicium acceptum dicitur, [b] item inchoatio litis, [c] Germanicè ein **Kriegsbeveſtigung.**

[a] *c. un. extra de litis conteſt. l. un. C. d. tit. l. rem. 14. § patroni. C. de judic. l. 2. in princ. ibi, niſi poſt narrationem & reſponſionem. C. de jurejur. propt. calumn. dan.* Cujac. *in par. C. de lit. conteſtat.* Dico *negata reſponſio:* Si enim confiteatur in jure Reus, lis ſublata eſt, quæ nulla eſſe poteſt, niſi de re controverſa. Ideò ſic jus conſtitutum habemus, ut confeſſus habeatur pro judicato, *l. 1. l. 6. princ. ff. de confeſſ.* Vt proinde hîc ceſſent judicantis partes, ſuccedantq; partes magiſtratus de cogendo reo ad ſolvendum. *d. l. 6. § ult. ff. d. t. & l. ult. C. de execut. rei judic.* Donel. *l. b. 24. cap. 1. prin.* Vnde impropriè lis conteſtari dicitur, quando Reus in judicio non contradicit actori, ſed confitetur. An quædam dicatur Af-

firmativa litis conteſtatio oſtendit Obrecht. *in eleganti tract. de litis conteſt. cap. 2. nu. 16. & ſeqq.* An per verbum Dubito inducatur litis conteſtatio: Cæval. *quæſt. 442.* vide Berlichium *tom. 1. practic. concluſ. 17.* Camill. Borell. *in ſumm. deciſ. tom. 1. deciſ. 50.* Chriſtinæ. *tom. 2. deciſ. 155.* Gœdd. *ad l. 35. ff. de verbor. ſignif.* [b] *l. illud. 40. ff. de petit. hered. l. præterea. 20. ff. de rei vind. l. cum fundus 31. ff. de reb. cred.* [c] *l. 5. in princ. ff. de petit. hered.* Incipit itaque lis à conteſtatione, ante litis conteſtationem controverſia eſt, lis non eſt, Cujac. *d. lib. 14. quæſt. Papin. pag. 364. col. 2. infr. & ad d. l. 5. ff. de petit. hered.* vide Dn. D. Beſold. *in theſaur. practic. lit. L. nu. 33.*

27 Sed litis conteſtationem non veris, ſed quaſi contractibus annumerandam cenſemus; [a] licet Donellus ſecus velit. [b]

[a] Quod enim *l. 3. §. idem ſcribit. verſ. nam ſicut. ff. de pecul.* Vlpianus ſcribit, judicio contrahi, non de verò; ſed quaſi cõtractu intelligendum. Verus enim contractus conventioné, id eſt, cõſenſum deſiderat, *l. 1. §. conventionis ff. de pact.* Sed judicium in invitum, & non conſentientem redditur, *l. inter 73. §. 1. verſ. judicium autem, ff. de verb. oblig.* id eſt, cogi quis poteſt, ut judiciũ accipiat, ſive litẽ conteſtetur, *l. ſumma 21. §. ult. ff. de pecul.* An Reg. compellatur litem conteſtari tractat Cæval. *cõmun. opin. quæſt. 307.* Quod ſi verus ſit contractus litis conteſtatio, vel nominatus erit contractus, vel innominatus. Eſt enim hæc generalis contractuum diviſio quædam, *l. jurisgentium. 7. §. 1. ff. de pact* Nominatus contractus non eſt: Hic enim vel conſenſu conſtat, id eſt, ſolo conſenſu, vel rei traditione, vel verbis, vel literis. *§. ult. Inſt. de obligat.* Sed litis conteſtatio non conſtat conſenſu; ſiquidem Reus etiam non conſentiens litem conteſtari invitus teneatur ut dixi. Non conſtat etiam rei traditione: alter quippe alteri nihil tradit, unde obligatio hujus negotii initium capiat. Ipſa probatio actoris non eſt res, quæ hanc obligationem producat: quamvis enim litis conteſtatione ita contrahi videatur, ut Reus obliget ſe ad ſolvendum, ſi actor in judicio probaverit, reum debere, attamẽ probatio, quæ ſequitur litis conteſtationem, non eſt ea res, quę hanc obligationem parit; tum quia in cõtractu, qui re conſtat, ſtatim res intervenire debet, & ante rei traditionem non eſt contractus, non contrahitur obligatio: tum quia tacitus ille conſenſus (fatetur ipſemet Donellus tacitum eſſe hujus cõſenſum) de probando debito tantùm eſt tacita conditio quædam litis conteſtationis, non eſt ipſa res, quæ obligationi initium præbet. Non conſtat etiam litis conteſtatio vel verbis vel literis: quia neq; actionem ex ſtipulatu producit, neq; eam actionem, quam cõtractus literarum parit, ſed actionem judicati. Non eſt etiam litis conteſtatio contractus innominatus: tum quia non producit actionem præſcriptis verbis, ſed actionem judicati, ut dixi, & poſtea oſtendetur: tum quia ut innominatus ſit contractus negotiũ aliquod, neceſſe eſt, ut confeſtim vel res detur, vel factum intercedat. *l. 1. §. item emptio, verſ. permutatio autem, ff. de rerum permut. d. l. Iuriſgentium 7. §. 2 ff. de pact. l. ſolent. 15. ff. de præſcrip. verb. l. ult. ff. de cond. cauſ. dat.* Sed ait Donellus, litis conteſtationem eſſe contractum, facio ut des, aut facias, id eſt, judicio tecum ago, ut judicatum ſolvas

Digitized by Google

ſolvas, ut præſtes, quod peto, ſi condemnatus fueris. At ſi ejusmodi aliquis eſſet contractus, produceret certè præſcriptis verbis actionem. *l. 5. §. ſed ſi facio. & l. ſoleat 15. l. ſi tibi polienda 12. ff. de præſcript. verb. l. 3. § quin imò. ff. de cond. cauſ. dat. d. l. jurisgentium. 7. §. 2. verſ. ſed ideò. ff. de pact.* Verùm non hanc, ſed judicati actionem parit, ut poſt probabitur. Non eſt ergò litis conteſtatio propriè, ſed quaſi contractus, id quod ſentit etiam Accurſ. *ad l. 3. §. idem ſcribit. Verb. judicio contrahi ff. de pecul.* Io. Lopez *in tr. de lucris marit. & uxor. c. 12. num. 15. pag. 368.* Ioh. Oldendorp. *claſſ. 1. act. 12.* & Ioan. Copius in *method. inſtit. analyſi tit. de oblig. quæ quaſi ex contract. naſcunt.* [b] *ad rubric. ff. de reb. cred. n. 22. & lib. 12. Comment. cap. 14.* ubi tradit, quòd judicio propriè, non quaſi contrahatur, per *d. l. 3. §. idem ſcribit. ff. de pecul.* & urget maximè, quòd eo loco judicij contractus comparatur cum contractu ſtipulationis, quæ propriè, non quaſi contractus eſt. Sed quòd illa comparatio non eò ſpectet, ut oſtendatur, ſicuti ſtipulatione propriè contrahitur, ita quoque propriè judicio contrahi, abundè convincitur *ex l. inter ſtipulantem 83. §. 1. ff. de V. O.* ubi Paulus IC. nam, ait, ſtipulatio ex utriusque conſenſu valet, judicium autem etiam in invitum redditur.

Obligatio & actio, quæ ex litis conteſtatione, hoc quaſi contractu naſcitur, eſt judicati obligatio [a], & actio quæ perpetua eſt, & rei perſecutionem continet: item heredi in heredem competit. [b] 28

[a] *d. l. 3. §. idem ſcribit, ibi, ſed ipſam judicati velut obligationem. ff. de pecul.* Ideò autem eo loco Vlpianus dicit, judicati velut obligationem: quia non eſt ea obligatio propriè ex judicato, ſed magis ex ipſa litis conteſtatione, ſive judicio accepto [b] *l. miles 6. §. ult. ff. de re judic.*

Reliquum eſt, ut de poſſeſſione rei exhibendæ diſpiciamus. Poſſeſſio rei exhibendæ eſt quaſi contractus, [a] quo is, qui poſſidet [b] rem, quam alius petiturus [c] eſt, obligatur eidem, ſi ejus interſit, rem exhiberi, [d] ad hoc, ut rem illam totam conſpectui ejus ſubjiciat. [e] 29

[a] Actio enim ad exhibendum eſt perſonalis actio *l. 3. §. eſt autem perſonalis. ff. ad exhib.* Donellus quidem *ad §. omnium autem. n. 14. Inſt. de actionib. & lib. 20. comment. jur. civil cap. 9.* ſcribit, ad exhibendum actionem in loco jam adducto dici perſonalem, non quòd in perſonam ſit, ſed quod perpetuò perſonæ, poſſeſſori ſcilicet, cohæreat, proindéque eam revera in rem eſſe, aliquot argumentis docere conatur. Verum in rem ideò non eſt: quia perſequimur hac actione duntaxat factum aliquod, nimirum exhibitionem rei, non rem ipſam. *l. 2. ff. d. t.* ſiquidem ea poſt hanc actionem alia aliqua actione petatur. *l. 1. l. 2. l. 3. §. eſt autem. & §§. aliquot ſeqq. ff. d. t.* Eſt ergò perſonalis, ſive in perſonam hæc actio. perſonalis autem, ſive in perſonam actio. eſt ex obligatione *l. actionum genera, 25. in princ. verſ. in perſonam actio. ff. de oblig. & actionib.* Sed obligatio eſt vel ex contractu, vel quaſi contractu, vel delicto, vel q. delicto. *§. ſequens diviſio. Inſt. de oblig. & §. omnium. verſ. nam q. agit unuquiq. Inſtit. de act.* Cum igitur ex contractu non ſit hæc actio, neque ex delicto aut

Digitized by Google

quaſi delicto: quippe cum ex eo ſolo competat, quòd quis rem exhibendam poſſidet. *l.3.§.ult.& l.ſeq.ff. ad exhibend.* ſequitur inde, quòd ſit hæc actio ex quaſi contractu. Quomodo Iuſtin. Imperator aliquoties argumentatur *ſub titulo, Inſt. de obligationib. quæ q. ex contr. naſcunt.* Quò facit etiam, quòd actio ad exhibendum dicitur actio incerti in *l. Iulianus 9. §.ult.ff.d.tit & l.pen. ff. de poſ.* & incerti actio eſt actio ex obligatione, *l.Inſulam, 6 l.ob eam cauſam 9. ff. de præſcript.verb.l. rebus 6. C.de rerum permut.l ſtipulationem quædam 74.& l. ſeq. ff. de V.O.juncta l.certi condictio 9 ff.de rebus credit.* Denique ex q. contractu hanc eſſe actionem, ſentit etiam Vultejus *l 1.Iuriſprud. Rom.cap.42.*& Althuſius *lib. 1.Iuriſprud Rom.cap.44.& ſeq.* [b] *l.3. § ult.& l.ſeq.ff.ad exhibend.* [c] *l.1.l.3.§ eſt autem perſonalis.& §§ ſeqq. l. 4. & ſeqq. v.d.t. l. quod legatur. 18. inf. ff. de judic.* [d] *d. l.3.§. ſciendum. & §. Pomponius. l.ſi liber.13. l.penult.ff. ad exhib.* [e] *l.2. ff.d.t.& l.3.§.ait.ff.de homine liber.exhib. l.3. §. quid ſi ff.de tabul.exhib.*

30 Ex hoc autem quaſi contractu naſcitur actio ad exhibendum: in qua ſpectamus, tum cui hæc competat actio, & adverſus quem; tum qua de re, & quem in finem detur.

31 Competit verò hæc actio omnibus, quorum quacunque de cauſa pecuniaiter & verè, id eſt, propter aliquam actionem ſuam intereſt, rem exhiberi. [a] Eorumque genera duo ſunt: [b] Vnum genus eſt eorum, qui præſentem aliquam actionem habent, quæ niſi re, de qua agitur, initiò exhibita, rectè & utiliter exerceri non poteſt, ut ad eam utiliter exercendam exhibitio ſit neceſſaria. Cujusmodi eſt actio in rem, puta rei vindicatio, actio cõfeſſoria, actio publiciana, actio hypothecaria, item de poſſeſſione reſtituenda interdictum, quale eſt, quod legatorum, unde vi, de rebus mobilibus, quæ ſunt in prædio per vim occupato, de precario, de glande legenda; tum etiam actio ex maleficio ſervorum. [c]

[a] *d.l.3.§ ſciendum, & §. Pomponius. l.ſi liber.13.l.pen. ff.ad exhib.* Vide Donellum *d lib.20. Commentar.cap.9. pag 452. inf. & ſeq.* [b] Donell. *d. libr. 20. cap. 9. pag. 449. lin.14.& 15.* [c] *l.1.C. ad exhib.l.1. l.3. §.eſt autem. & §§. ſeqq. & §. ſi mecum.l. Iulianus, §.1.ff.ad exhib.* Et licet interpretes, quos etiam ſequitur Donellus *d.cap. 9. pag. 450. verſ interdictum*, dictam *l. 3. §. ſed etſi quis interducturus. ff. dict. tit.* accipiant etiam de interdicto de precario; id tamen Cujacio *lib. 5. obſerv. cap. 23.* planè diſplicet, ubi interpretatur eum locum de interdicto utrobi.

32 In rem acturo hæc ideò neceſſaria & utilis eſt actio: quia oculis ejus re ſubjecta cognoſcere poteſt, qualis & quanta ea ſit, ut ſi poſtea inter moras judicij petitorij deterior res fiat, aut de numero, vel cumulo rei, rerumve petitarum quid detrahatur, ipſe actor de qualitate & numero omnium probare poſſit.

l. Celſus 5. §. idem Iulianus, & §§. ſeqq. ff. ad exhib. Donell. *lib. 20. Commentar. cap. 9. pag. 450.* Videri poteſt, in rem acturo hanc ideò utilem eſſe actionem: quia in rem acturus deſignare tenetur rem, quam petit, *l.ſi rem 6 ff. de rei vindicat.* quam deſignationem ex re prius exhibita petere poſſit, verùm hujus

ad

ad exhibendum actionis uſus hic eſſe non poteſt: quippe cum & in hac actione actor omnia noſſe debeat, & dicere argumenta rei, de qua agitur, *l. 3. pr. ff. ad exhibend.*

Interdicto de poſſeſſione reſtituenda uſurus ex rei exhibitione hanc ſi- 33
militer utilitatem capit, quod ſi res poſtea deterior fiat, aut minuatur, qualitatem & numerum, quem ex facta exhibitione didicit actor, probare in judicio poſſeſſorio poteſt.

Donell. *d. cap. 9. pag. 450. verſ. interdictum hic præſtat.*

Quod ſi quis experiri velit interdicto aliquo de exhibendis rebus, puta 34
interdicto de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis ducendisve, [a] de tabulis exhibendis: [b] ei hæc actio inutilis eſt.

[a] *l. ſi liber 13. ff. ad exhib.* [b] competit enim ad exhibendum actio alterius actionis exequendæ cauſa, *l. Iulianus 9. § quantum, ff. ad exhibend.* Sed plus quàm ridiculum eſt dicere, ad exhibendum agi de tabulis teſtamenti, ut per hanc actionem ſemel exhibitæ adhuc interdicto de tabulis exhibendis exhibeantur. Donell. *d cap. 9. pag. 450. inf.*

Acturo autem ex maleficio ſervorum competit hæc ad exhibendum 35
actio duobus caſibus; uno, ſi noxali actione experiri velit, ſed eum, qui nocuit, ſervum, nec nomine appellare poſſit, nec aliis rebus ſatis deſignare, utpote antea ſibi ignotum, ut proinde utile ſit, & neceſſarium acturo actione noxali, ut dominus totam ſervorum familiam exhibeat, & exhibitis omnibus noxium ſervum agnoſcere poſſit, & dicere, hunc eſſe, qui nocuerit, & cujus nomine nunc actionem inſtituat.

l. 3. § ſi quis noxali. ff. de exhib.

Alter caſus eſt, cum de maleficio ſervorum plurium agitur criminaliter: 36
hic enim conceſſum eſt actori, ſi unum novit ex noxijs, de eo ad exhibendum agere, non ut exhibitus ſubjiciatur oculis, qui jam ſatis notus eſt, ſed ut de eo habeatur quæſtio, quo indicet conſcios ſuos.

l. ultim. ff ad exhibend. l. 2. C. eodem.

Alterum genus eorum, qui ad exhibendum actione experiri poſſunt, eſt 37
eorum, qui quidem non præſentem, ſed certo jure ſperatam habent in rem actionem, id eſt, eam, quam re exhibita certò habituri ſunt, aut ſtatim & ſine ulla mora, aut poſtea, ſi velint. Cujusmodi ſunt, quorum res propriæ alienis junctæ ſunt, quæ per prævalentiam eis cedunt: ut ſi gemma incluſa ſit auro alieno, ſigillum candelabro, ſi tabula juncta alieno armario, vel navi, anſa ſcypho, brachium ſtatuæ, purpura veſtimento: de his enim rebus ad exhibendum agi poteſt, ut ſeparentur, & ſeparatæ vindicari poſſint.

l. in gemma, 6. l. tigni. 7. ff. ad exhibend. l. in rem. 23. §. item quacunque. ff. de rei vindicat

Sunt etiam hujus generis illi, quibus ex duabus, vel pluribus rebus o- 38
ptio legata eſt: Hi enim ad exhibendum agere poſſunt, ut ea res exhibeantur,

Digitized by Google

tur, quò ijs exhibitis legatarius optare aliquam poſſit, & quam optarit, poſtea vindicare

l. 3. §. item ſi optare. ff. ad exhibend.

39 Eſt etiam caſus, quo quis ad exhibendum utili actione experiri poteſt, licèt neque præſentem aliquam actionem habeat, neque ullam ſperet: veluti ſi aliquis meas rationes mea voluntate conſcripſerit in charta aliena, eamque chartam quiſpiam poſſideat; contra hunc poſſeſſorem enim actione in factum, id eſt, utili actione ad exhibendum agere poſſunt.

l. 3. §. pen. ff. ad exhib. Donell. *lib. 20. cap. 9. pag. 452. circa fin.*

40 Eſt & illud hîc notandum, quòd licèt actor ſua intereſſe, rem exhiberi, probare teneatur: quippe cum omni illi, qui dicit & intendit quid, ejus, quod intendit, probatio incumbat, [a] & actore non probante reus abſolvatur: [b] attamen hîc non exacta & plena, ſed hujusmodi requiritur probatio, ut debeat judex ſummatim cognoſcere, an actoris interſit, nec ne, ut intendit. [c]

[a] *l. 2. l. in exceptionibus. ff. de probat.* [b] *l. qui accuſare, C. de edend.* [c] *l. 3. §. ſciendum. ff. ad exhib.*

41 Cæterùm competit hæc actio adverſus eum, qui poſſidet [a] rem exhibendam, & non ſolùm qui verè & propriè poſſidet, ſed & eum, qui eſt in poſſeſſione, ſive detinet tantùm rem, & ejus reſtituendæ facultatem habet: qualis eſt, cui commodata, aut locata res eſt, item apud quem eſt depoſita, qui ea tanquam fructuaria utitur, qui rerum vel legatorum ſervandorum cauſa in poſſeſſionem miſſi ſunt. [b] Neque refert, pater: an filiusfamil. ſit, qui poſſidet. [c] Quin & municipes poſſidentes, item collegia, cæteraque corpora, hac actione tenentur. [d] at ſervus ea non tenetur, ſed cum ejus domino hæc eſſe poteſt actio. [e]

[a] *l. 3. §. ultim ff. ad exhib.* [b] *d l. 3. §. ultim. l. 4. l. 5. in princ. & §. 1. ff. dict. tit.* [c] *l. de eo, 12. §. 1. ff. eodem tit.* [d] *l. tigni 7. §. item municipes, ff. hoc tit.* [e] *l. cum ſervus 16. eodem tit.*

42 Et quia ſemper pro poſſeſſione dolus eſt, [a] convenitur hac actione & is, qui dolo fecit, quo minùs poſſideat.

[a] *l. qui dolo, 131. l. parem, 150. ff. de R. I.* [b] *l. ad exhibendum, 5. C. ad exhib. l. Iulianus, 9. in pr. §. 1. §. 2. §. 3. & l ſi vir. 14. ff. d. t.*

43 Qui autem non poſſidet, neque deſijt dolo poſſidere, is hac actione non tenetur; [a] ut nec ille qui quidem poſſidet, at reſtituendi facultatem non habet; veluti ſi in fuga ſit ſervus: ad hoc tamen illi tenetur, ut caveat, ſe exhibiturum, ſi in poteſtatem ejus ſervus pervenerit. [b]

44 [a] *l. Theſaurus 15. ff. ad exhibend.* [b] *l. 5. §. ultim. ff. d. t.*

Et ut heres ſuo nomine hac uti actione poteſt, non quaſi heres; ita heres poſſeſſoris ſuo nomine hac actione convenitur. Planè ex dolo defuncti etiam in heredem ejus hæc competit actio, ſi locupletior hereditas eo nomine facta ſit, veluti quòd rei precium ſit conſecutus.

l. de

Digitized by Google

l. de eo 12. §. ult. §. ad exhib. fac. l. un. C. ex del. defun. in quan. her. conveniatur. & l. cum autem, 52. ff. de R. V. Etſi enim hæc actio in perſonam ſit, imitatur tamen actionem in rem, Cujac. *in lib. 26. Pauli ad edict. pag. 11. col. 2.* ubi dicit, quòd ſit hæc actio in rem ſcripta, & concepta in rem.

Competit verò hæc actio de rebus mobilibus,[a] non etiam de ſoli rebus: 45
quippe cum hæres ſint in propatulo, nec latere poſſint. [b]

[a] *l. ad rem 56. de procur. l. 2. ff. ad exhib.* Cujac. *in lib. 22. Pauli ad edict. pag. 347. col. 1.* & Donell. *d. lib. 20. comment. cap. 9. pag. 455. verſ. competit hac actio.* [b] *l. 2. §. ſed ubi. C. quand. & quib. quart. pars lib. 10.*

Quod attinet finem hujus actionis, movetur ea, ac inſtituitur ad hoc, ut 46
res actori exhibeatur, id eſt, in publicum producatur, & videndi tangendi facultas ei concedatur.

l. 2. ff. ad exhibend.

Eſt autem exhibenda res in eadem cauſa, in qua fuit cum judicium exhi- 47.
bitionis nomine acciperetur.

§. ſi ad exhibendum. Inſt. de offic. judic. & l. Iulianus 9. §. quantum, & §§. ſeqq. ff. ad exhib.

Et exhibitionis æquitas facit, ut qui rem dolo vel culpa ſua deteriorem 48
factam exhibet, quamvis ad exhibendum agi non poſſit, teneatur tamen actione in factum.

l. exhibitionis 7. C. ad exhib.

Quamvis autem hæc ad exhibendum actio non competat ad reſtitutio- 49
nem, ſed ad exhibitionem: [a] ſi tamen reus actione ad exhibendum victus, nolit amplius de re contendere, ſed paratus ſit ea cedere actori, [b] omnem etiam cauſam reſtituere tenetur, proindeq; & medij temporis fructus. [c]

[a] *l. 2. ff. ad exhib.* [b] ita poſt Accurſ. Donell. *lib. 20. comment. cap. 9. pag. 458.* interpretatur leges omnes *tit. ff. ad exhib.* quæ de reſtitutione rei loquuntur. [c] *d. §. ſi ad exhibendum, verſ. præterea fructuum, Inſt. de off. judic.*

Res verò debet exhiberi eo loco, ubi fuit, cum lis conteſtaretur, & qui- 50
dem ſumptibus actoris.

l. ſed. etſi hereditas 11. ff. ad exhib.

Et licet confeſtim exhibenda res ſit, ſi tamen neget reus, ſe nunc exhibe- 51
re poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione, id eſt, juſta ex cauſa, dari ei id debet; ſic tamen ut caveat, ſe eo die exhibiturum.

d. §. ſi ad exhibendum, verſ. quod ſi reus neget, Inſt. de off. judic. l. de eo 12. §. pen. ad exhib. Sunt autem eæ juſtæ deſiderandi cauſæ, quæ indicantur in *l. 5. §. ult. ff. d. tit.* Donell. *lib. 20. comment. cap. 9. pag. 456. verſ. exhibendi tempus.*

Digitized by Google

CLASS. III. DISPUTATIO XX.

DE CONDICTIONIBVS OB CAVSAM dati; ob turpem vel injustam causam: & sine causa.

THESIS I.

SPeciebus quasi contractus adjungimus & illud negotium, unde nascitur condictio ob causam dati causâ non secutâ; ut & illud, ex quo condictio ob turpem vel injustam causam oritur: tum etiam hoc negotium, ex quo condictio sine causa competit.

Vide suprà thesin 3. Disp. 1. huius Classis 3.

2 Negotium, ex quo prima illa condictio nascitur, non est ipsa conventio, quâ quid datur alicui, ut is vicissim quid det, vel faciat: quippe cùm ea sit contractus innominatus, ex quo præscriptis verbis actio oritur, non hæc condictio: [a] Sed negotium illud, est sola ipsa rei ob honestam, [b] eamque futuram, [c] causam sive rem [d] datæ adquisitio, [e] causa sive re illa non secuta. [f] Vt proinde non proprius, sed quasi contractus fuerit; [g] licet Donello secus videatur, [h] ut & Oldendorpio. [i]

[a] *l. naturalis, 5. §. 1. & § seq. ff. de præscr. verb. l. jurisgentium 7. §. sed si in alium. ff. de pact. l. 3. §. quinimò ibi, actionem quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem ff de condict. causa dat. non secut.* Quo loco condictio significat præscriptis verbis actionem, ut in *l. duo 19. §. ultim. ff. de Præcar.* Cujac. *ad d. l. naturalis 5. §. do ut facias. ff. de præscript. verb.* [b] *l. 1. in prin. ff. de condict. caus. dat. & l. 1. §. ob rem, ff. de condict. ob turp. vel injust. caus.* [c] *l. damus 52. ff. de condict. indeb.* [d] *d. l. damus. ff. d. titul. & l. 1 §. 1. ff. de Condict. ob turp. vel injust. caus.* [e] Vt huic condictioni locus sit, necesse est, id quod datum est, factum sit accipientis, uti arguit non modo textus *in l. 3 §. subtilius, ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* sed & ipsa appellatio hujus actionis. [f] *dict. tit. ff. de Condict. caus. dat. causa non secut.* [g] Nullus enim contractus est sine conventione & consensu *l. 1. §. conventionis. ff de pact.* Consensu, inquam, ad obligationem constituendam *l. 3. § 1. ff. de obligat. & act. de dando sc. vel faciendo quidpiam d. l. 3. in prin. & l. actionum 25. in prin. ff. d. tit. §. omnium vers. namque, ibi dare aut facere, Instit. de actionibus.* Sed obligatio, ex qua hæc nascitur condictio, non est ex ullo consensu sive conventione; tum quia ut res ob causam futuram data reddatur, inter dantem & accipientem conventum non est; tum quia inducta ad unum finem, operari non debent contrarium *l. legata inutiliter, 19. in princ. ff. de legat 1. Llegata 14.* ubi Bartol & alij, *ff. de adimend. vel transfer. legat.* Menoch. *consil. 151. num. 30.* tum etiam, quia, ut voluntas & animus delinquentis maleficia distinguit *l. qui injuria 53. in prin.*

Digitized by Google

princ. ff. de furt. sic & consensus distinguit contractum à quasi contractu, *l. 5. in princip. & §. 1. & 2. ff. de obl. & act. tot. tit. Inst. de obl. quæ q. ex contract.* tum deniq; quia hæc obligatio & actio ex bono tantùm & æquo competere dicitur *in l. in summa 65. § quod ob rem datur. ff. de condict. indeb. l. 3. §. sed si servus, ibi naturali æquitate motus. ff. de condict. caus. dat. caus non secut.* Et quia is, qui dolo inductus, consentit, non dicitur contrahere *l. & eleganter 7. in pr. ff. de dol. mal. l. 3. §. ult ff. pro Soc.* cur contrahere diceretur is, qui planè non consentit? in repetitionem sc. rei ob causam datæ. [h] *lib. 14 comment. cap. 24. & lib. 12. cap. 13. pag. 46. circa finem, & ad Rubric. ff. de reb. credit. cap. 1 nu. 24.* [i] *Classe 6. act. 4. pag. 978.*

Interdum tamen hanc condictionem ex proprio nasci contractu puto, 3
ut cùm expressè id agitur, ut nisi vicissim quid detur vel fiat, repetatur id, quod datum est.

l. 2. C. de condict. ob caus. dat. & l. si extraneus 6. in princ. ff. de condict. caus. dat. Sic condictio indebiti quandoque etiam ex proprio oritur contractu, *l. 2. in prin. ubi* Iason. *ff. de condict. indeb.*

In hoc autem negotio, unde hæc nascitur condictio, spectamus tum 4
ipsius partes, tum condictionem, quæ ex eo competit.

Partes hujus negotij quatuor sunt, una, ut quid datum sit: [a] altera, ut da- 5
tum sit ob causam futuram, [b] id est, in certum finem: tertia, ut ea causa sit honesta: [c] quarta, ut causa non sit secuta. [d]

[a] *uti arguit Rubric. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. & rubric. C. de contradict. ob caus. dator.* [b] cùm quid sc. hoc animo datur, ut aliquid sequatur, *d. l. damus 52. ff. de condict. indeb. & d. l. 1. §. 1 ff. de condict. ob turp. vel injust. caus.* [c] *l. 1. in princip. ff. de condict. caus. dat. caus non secut. d. l. 1. §. 1. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus.* [d] uti arguit *Rubric. & tot. tit. ff. de condict. de causa data, caus. non secut.*

Datum autem accipimus, non solùm quod naturaliter datum est, sed 6
etiam quod civiliter, ut quod pro dato habetur: veluti si creditor debitori suo debitum accepto tulerit, ut is vicissim quid faceret, puta expromissorem daret.

l. 4. l. si mulier 10. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.

Causam illam futuram quod attinet, Paulus ICtus [a] & Pomponius [b] 7
specialiter eam appellant rem. Alij ex conditoribus Iuris vocant quoque eam causam, legem, [c] item conditionem: [d] quæ causa sive lex, sive conditio, sive res, vel datio est, vel factum futurum.

[a] *l. in summa 65. § quod ob rem. ff. de condict. indeb.* [b] *d. l. damus 52. ff. d. t.* [c] *l. 3. l. dictam 5. C. de condict. ob caus. dat. l. legem C. de pactis,* [d] *l. 3. l. si repetendi 7. C. de condict. ob caus. dator.* Vide Donell. *lib. 14. comment. cap. 20. pag. 297. n. 3. & seqq.*

Datio, inquam, futura, veluti si tibi dederim pecuniam, ut mihi vicissim 8
Stichum dares, [a] id est dominium Stichi in me transferres; [b] vel tibi si dederim Scyphos, mihi vicissim ut dares Stichum. [c]

[a] *l. ult. ff. de condict. caus. dat causa non secut.* De cujus legis intellectu difficili

vide Pinel. *ad Rubr. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 3. num. 9. & seqq.* Item Anton. Fabr. *lib. 6. conjectur. cap. 10.* & Cujac. *lib. 23. observ. cap. 29. & ad l. Iurisgentium 7. ff. de pact.* [b] Dare enim propriè est dominium transferre, *l. ubi autem 75. §. ult. l. si rem tradi, 25. ff. de V. O. l. non videntur data 167. ff. de Reg. I. § sic itaq; discretis, Inst. de act. l. exempto 11. §. 2. ff. de act. Empti & vend. l. 1. in princ. ff. de rer. permut.* [c] *l. naturalis 5. §. 1. ff. de præscript. verb.*

9 Futurum factum, ob quod datur aliquid, vel nominatim exprimitur, vel potestate Iuris intelligitur. Nominatim exprimitur, veluti si dederim tibi prædium, ut creditoribus meis satisfaceres; [a] si dederim tibi hac lege fundum, ne eum alienares; [b] si tibi nummos dederim, meus ut procurator esses: [c] si dederim tibi argentum, ut Stichum manumitteres, [d] vel ut à lite discederes, [e] vel tuum filium emancipares; [f] vel si dederim tibi decem, conditionis implendæ causa, ut ad hereditatem vel legatum pervenirem, [g] vel ut Francofurtum ires, [h] vel ut servum emeres, eumq; manumitteres, [i] vel ut monumentum faceres; [k] vel si contulerim fratri, quasi agniturus bonorum possessionem: [l] vel si mortis causa donationem in te contulerim; [m] vel pecuniam advocationis causa tibi dederim. [n]

[a] *l. 2. C. de condict. ob caus. dator.* [b] *l. 3. C. d. t.* [c] *l. 4. & l. 5. C. eod. t.* [d] *l. cum ancillam 6. C. d. t. l. 1. in princ. l. 3. §. 1. & §§. seqq. ff. de Condict. caus. dat. caus. non secut.* [e] *d. l. 1. in princ. & l. 3. in princ. ff. d. t.* [f] *l. si liber 9. C. de condict. ob caus. dator. l. 1. in prin. ff. de condict caus. dat. caus. non secut.* [g] *d. l. 1. §. 1. ff. d. t.* [h] *l. si pecuniam 5. in princ. ff. eod.* [i] *d. l. 5. §. Item si quis ff. h. t.* [k] *l. si heres 11. ff. eod. tit.* [l] *l. si filius 13. ff. d. t.* [m] *l. cum quis 12. ff. eod. t. l. senatus 15. §. ergo qui mortis, ff. de mort. caus. donat.* [n] *l. ult. C. de Condict. ob caus. dator.*

10 Iuris potestate intelligitur futurum factum, ob quod aliquid datur, si sponso dos simpliciter detur: licèt enim non additum sit, si nuptiæ sequantur, ea tamen conditio tacitè intelligitur, ut non secutis nuptijs dos reddatur. [a] Idque adeo verum est, ut si extraneus ante nuptias pro muliere dotem dederit, & pactus sit tantum, dotem sibi reddi soluto matrimonio, tamen placet etiam non secutis nuptijs eum repetitionem habere, non mulierem. [b]

[a] *l. 1. C. de condict. ob caus. dator. l. dotis fructum 7. §. ult. ff. de Iur. dot. l. qui se debere 7. in princ. & §. 1. & duab. ll. seqq. ff. de condict. caus. dat.* [b] *l. si extraneus 6. ff. d. t.* Sed obstare videtur huic legi *l. si cum dotem 22. in princ. ff. solut. matrimon.* vide Donell. *lib. 14. comment. cap. 20. pag. 296. lin. 15. & seq.*

11 Tertia pars negocij hujus, unde hæc condictio nascitur, est, ut dixi, ut datum sit ob causam non inhonestam.

l. 1. in princip. ff. de condictionib. caus. dat. l. 1. §. 1. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus.

12 Quarta pars ejusdem negocij est, ut causa sive res, ob quam datum est, non sit secuta. Id quod accidit duobus modis; uno si ideo non sit secuta, quòd sequi non potuit, ut si interierit res, quæ vicissim dari debuit, vel in

qua

Digitized by Google

qua viciſſim quid fieri debuit, [a] vel factũ, quod ſequi debuit, jure vetitum ſit. [b] Altero modo ſi ſequi quidem potuit, at ſequuta non ſit, vel quòd eam accipiens implere non vult, vel quòd is, qui dedit, pœnitentia ductus, eam amplius impleri non vult. [c]

[a] *l. 3. §. quid ſi ita l. 5. § ſed ubi accepit, l. ultim. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſec.* [b] *l. 5. C. de condict. ob cauſ. dator. d. l. 3. §. ſi liber homo, ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* [c] *l. 3. §. ſed ſi tibi l. 5. in prin. §. 1. & §. 2. ff. d. tit.* vide Donell. *libr. 14. commentar. cap. 22.*

Nihil autem refert culpa [a] accipientis non poſſit cauſa ſequi, vel per 13
eundem non ſtet, quò minùs ſequatur. [b]

[a] *l. ult. C. de condict. ob cauſ. dat. d. l. 3. §. quid ſi ita dedi & l. 5. §. ult. ff de condi. cauſ. dat. cauſ. non ſe.* [b] *l. ſi extraneus 6. & l. ult. ff. d. tt. & l. 1. l. 5. C. de condict. ob cauſ. dator.* Obſtare videtur *l. naturalis 5. §. 1. verſ. ſed ſi ſcyphos, ff. de præſcrip. verb.* Sed vide Cujac. *ad d. l. naturalis 5. §. 1. in fin. ff. de præſcript. verb.* & Donell, *lib. 14. comment. cap. 21. pag. 299. in fin. & pag. ſeq.*

Quòd ſi tamen ſervus, qui ob datum manumitti debuit, ante tempus 14
quo manumitti juſſus fuit, deceſſerit, ceſſat repetitio duobus caſibus; uno, ſi accipiens ſervum diſtrahere voluit; altero, ſi periit ſervus, dum ad manumiſſionem duceretur; [a] ut & ſi accipiens pecuniam advocationis cauſa, fortuito caſu impediatur, quò minùs cauſam agat. [b]

[a] *d. l. 5. §. quod ſi ita dedi & l. 5. §. ultim. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* [b] *l. pen. C. de condict. ob cauſ. dator.* Donell. *dict. lib. 14. commentar. c. 21. pag. 300. circa finem, & pag. ſeq.*

Si quoq; naturâ vel Iure impoſſibilis ſit cauſa, ceſſat repetitio, modo ſci- 15
at, qui dedit, cauſam eſſe impoſſibilem: [a] alioqui revocationi locus eſt. [b]

[a] *l. dictam 8. ibi, ſi non impoßibilem contineat cauſam, ubi vide gloſſ. C. de condict. ob cauſ. dator.* obſtare videtur *l. ſi militem 5. C. d. t.* [b] *l. 1. C. eod. & l. 3. §. ſi liber homo, ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.*

Similiter ſi quid ſponſus donaverit ſponſæ, aut hæc illi ob cauſam, nem- 16
pe futuri matrimonii cauſa, & nuptiæ non ſequantur, abſque culpa tamen accipientis, ceſſat repetitio dati.

l. cum veterum 15. Cod. de donat. ante nupt. Donell. *dict. cap. 23. pag. 305. in fin. & pag. ſeq.*

Ex cauſa quoq; pœnitentiæ ceſſat repetitio, ſi accipienti res ampliùs in- 17
tegra non ſit; veluti ſi illi res eò devenit, ut neceſſe habeat facere quod promiſit: ut ſi ſponſus à ſponſa dotem futuri matrimonii cauſa acceperit: [a] aut quis pecuniam acceperit, ut Francofurtum iret, & ita rem ſuam compoſuerit, ut neceſſe habeat proficiſci. [b]

[a] *l. quòd Servius 8. ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* [b] *l. 5. in princ. verſ. nam ſi ita res ſe habeat, ff. d. tt.*

Non eſt etiam accipienti ampliùs res integra, proindeq; ceſſat ex pœni- 18
tentia repetitio, ſi vel advocationis cauſa pecuniam in honorarium acce-

Digitized by Google

perit;[a] quippè cùm advocati statim ab initio causam cognoscere, & in eam inquirere soleant, [b] vel ipse accipiens in negotium susceptum res necessarias & sumptus fecit, ut jam sine damno reddere datum non possit; veluti si is, qui accepit pecuniam, ut aliquò iret, plus quàm accepit, in profectionem erogavit. [c]

[a] *L. qui operas 38. in prin. ff Locati L. 1. §. in honorariis & §. Divus. ff. de var. & extraord. cognit.* [b] Donell. *libr. 14. commentar. cap. 23. pag. 307. in fin. & pag. seq. in princ.* [c] *d. l. 5. in princ. vers. nam si ita res ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.*

19 Et tantum de partibus hujus negotii. In ipsa cõdictione causa data, causa non secuta, spectamus, tum cui ea detur, & adversus quem: tum quid veniat in eam.

20 Datur autem hæc condictio ei, qui dedit ob causam, ejusque heredibus, ut cæteræ actiones in personam; [a] adversus eum, qui accepit ob causam. [b]

[a] *l. 2. l. 3. C. de condict. ob caus. dator.* Ei, inquam, qui dedit, licèt alterius nomine dederit, ut si quis nomine mulieris sponso ejus dotem dederit, nisi donaturus mulièri, nomine ejus dederit *l. qui se. 7 & l. si donaturus 9. in princ. ff. de condict. caus. non secut.* [b] *per l. his solis 49. ff. de condict. indeb. & l. eum qui 13. l. non adversus 15. C. si cert. petat.*

21 Et propria tamen & sola sua pœnitentia heres hanc actionem movere, & datum repetere non potest.

per l. cum hic status 32. §. ait oratio, ff. de Don inter vir. & uxor. l. donationes quas parentes 25. C d. t. & §. mortis causa donatio. Inst. de donat. Quod enim personæ defuncti cohæret, ad heredem ejus non transit, *l. non solum nostrum 8. §. tale legatum ff. de liberat. leg.* Ius autem pœnitendi tale est, quippe cum pœnitentiæ sit voluntatis, & voluntas cujusq; morte finiatur *l. 4. ff. Locati* Donell. *lib. 14. commentar. cap. 22. pag. 303. in fin.*

22 Venit autem in hanc actionem, non tantùm res ipsa, quæ data est, [a] aut obligatio remissa, [b] sed & rei illius accessiones, ut fructus & partus, [c] etiam ante litis contestationem percepti. [d]

[a] *L. 4. l. si mulier 10 ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* [b] *l. 4. C. de condi ob caus. dator. & l. 1. ff. de condict. sine causa.* [c] *l. qui se debere §. ult. & l. cum quis 12. ff. de cond. caus. dat. caus. non secut.* [d] *l. videamus 38. §. 1. 2. & 3. ff. de usur.* Duar. *ad t. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. cap. ult.*

23 Sequitur de condictione ob turpem vel injustam causam, in qua videbimus primò negotium, ex quo nascitur hæc cõdictitia actio; tum actionem ipsam. Negotium id quod attinet, est illud adquisitio rei ob turpem causam sive finem datæ, modò in ea causa solius accipientis turpitudo versetur; [a] quæ quasi contractus est, cùm extra id, quod agitur, condictio dati inde nascatur. [b]

[a] *L. 1. in fin. ff. de condict. ob turp caus. & l. 4. C. eod. t.* [b] *arg. l. is qui commodatum 13. in fin. ff. commod. & tot. t. Inst. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc. & l. 5. in pr. & §. 1. 2. & 3. ff. de oblig.*

Digitized by Google

ff. de obligat. & Act. iuncta l. 1. §. conventionis, ff. de pactis. Paul. Chriſtinæus *vol. 3. deciſ. 11. Weſenb. in paratit. ff. h. t.* Gilhauſ. *in arb. Iudic. Civil. cap 3. d. libell. nu. 82.*

Solius accipientis turpitudo in adquiſitionis hac cauſa verſatur, ſi quid 24
datum ſit, ut accipiens rem furtivam, vel inſtrumentum, quod ſubtraxerat, vel pecora abacta reſtitueret; [a] aut datum ſit alicui, ne ſacrilegium, ne furtum faceret, ne hominem occideret, [b] ne ipſi danti injuriam faceret. [c]

[a] *l. ob reſtituenda 6. & l. ult. C. d. t. & l. 2. §. 1. ff. eod.* [b] *d. l. 2. in princ. ff. h. t.* [c] *l. 4 §. quotiens autem, ff. d. t.*

Quòd ſi etiam aliquis à ſervo meo fugitivo pecuniam acceperit, ne eum 25
judicaret, ſolius accipientis turpitudo verſatur: ut & ſi fur à me acceperit numos, rem meam ut indicaret: [a] vel ſi à meo ſervo quis acceperit pecuniam, ne furtum ab eo factum judicaret. [b]

[a] *l. 4. §. ult. ff. eod. t.* [b] *l. 5. ff. h. t.*

Similiter ſi tibi pecuniam dederim, ut rem mihi reddas apud te depoſi- 26
tam, vel tibi commodatam, vel locatam, vel venditam à te, vel mandatam, vel quam mihi ex teſtamento vel ex ſtipulatu debebas, tui ſolius turpitudo in hac pecuniæ acceptione verſatur; ſiquidem ad hanc illarum rerum redditionem jus ipſum te cogat.

l. 2. §. 1. & l. ult. in princ. & §. 1. ff. de condict. ob turp. cauſ.

Sed controverſæ quæſtionis eſt; Vtrum ſolius accipientis turpitudo 27
verſetur, ſi ego pecuniam dederim, ut ſecundùm me in bona cauſa judex pronunciaret? Bartolus quidem, Salycet. Paulus de Caſtro & gloſ. [a] item Donellus, [b] in hac cauſa utriuſq; & dantis & accipientis turpitudinem verſari tradunt: at Alexander, Fulgoſ. & Iaſo. [c] item Duar. [d] & Coſtalius, [e] in ea tantùm accipientis Iudicis verſari turpitudinem rectiùs ſentiunt. [f]

[a] *ad l. 2. §. ult. ff. de condict. ob turp. cauſ.* [b] *dict. lib. 14. comment cap. 25. pag. 312. verſ. videndum* [c] *ad d. l. 2. §. ult. ff. d. t.* [d] *in commentar. ad eund. t. ff. cap. 3.* [e] *ad d. l. 2. ff. eod. t.* [f] *per text. in dict. l. 2. §. ult. junct. l. 3. ff. d. t. & in Novell. 124. cap. 2. in prin. ibi, ipſe quidem in eventu litis veniam mereatur, & Auth. Novo jure C. de pœna lud. qui malè judic.* Pro contraria opinione faceret textus *in d. l. 2. §. ult. ibi, ſed hic quoque crimen contrahit, ff. de cond. ob turp. cauſ.* ſi particula SED, ita ſegregaret partes, tanquam una tantùm vera eſſe poſſet; ſi item novo Iure, non caveretur, ne pœnam mereatur litigator, qui dicit, ſe Iudici aliquid dediſſe: ſi deniq; *in d. l. 2. §. ultim. ICtus Vlp.* non uteretur improprietatis verbo VIDETUR.

Quod ſi in cauſa, ob quam quid datum eſt, verſatur vel ſolius dantis, vel 28
utriuſque dantis & accipientis turpitudo, locus non eſt repetitioni.

l. 3. & l. 4. §. ſed quod meretrici, l. ſi ob turpem & verſ. porro autem. ff. de condict. ob turp. cauſ. l. 5. C. eod. t. l. ult. ff. de cond ſine cauſ.

Solius dantis turpitudinem verſari veteres Iuris conditores volunt, [a] ſi 29
quid libidinis exercendæ cauſa detur meretrici; quæ fortè ſententia illis tantùm in locis procedit, ubi ratione quadam politica publicæ meretrices tolerantur. [b]

[a] *l. 4. §. ſed*

Digitized by Google

[a] *l. 4. §. sed quod meretrici, ff. d. tit.* [b] Vide Ferdinand. Vasq. *lib. 1. quæstion. cap. 48. numer. 1. 2. 3. 4. & 5.* Sichard. *ad l. 5. C. de donat. ante nupt. num. 6.* Donellus autem *lib. 14. commentar. cap. 25. in fin.* etiam meretricem turpiter accipere tradit.

30 Vtriusque dantis sc. & accipientis turpitudo versatur, cùm datur pecunia, ut malè judicetur,[a] vel ut stuprum inferatur, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se,[b] vel fur dederit, ne proderetur,[c] vel si lenocinii causa quid datum sit alicui.[d]

[a] *l. 3. ff. de condict. ob turp. caus.* [b] *l. 4. in princ. ff. d. tit.* [c] *d. l. 4. §. 1. ff. eod.* De utroq; proximo exemplo vide Donellum *lib. 14. commentar. cap. 25. pag. 313. vers. altera species,* [d] *l. mercalem, 5. C. h. tit.*

31 Etsi autem repeti non possit, quod ob turpem causam datum est, sit utriusque turpitudo versetur; attamen exceptione doli mali, vel in factum se tueri potest, qui ob ejusmodi causam quid saltem promisit, & nec dum solvit.

l. si ob turpem causam 8. ff. d. tit. & l. 1. C. eod. t. Sed obstare videtur, quod stipulatio rei turpis nulla esse dicitur *in l. si stipulatio 19. l. generaliter 26. & l. si flagitij 123. ff. de verb. oblig.* Vide Cujac. & Donellei contrarium *ad d. l. generaliter 26. ff. d. t.* & Cujac. *in lib. 3. quæst. Pauli pag. 74.*

32 Actio qua repetitur, quod datum est ob causam turpem, in qua solius accipientis turpitudo versatur, est condictio ob turpem causam; quæ ei competit, qui dedit, adversus eum, qui accepit, ad reddendum id, quod datum est,[a] & accessiones veluti fructus & partus illius.[b] Vsuræ tamen in hoc judicium non veniunt.[c]

[a] *l. 1. §. ultim. & l. 2. l. 4. § quotiens & §. ultim. l. 5. l. ultim. ff. de condict. ob turp. caus. l. 3. l. 4. l. penult. & ult. Cod. tit.* De hac actione vide Petr. Iacob. Aurel. *in aurea Practic. libellorum cap. 47.* [b] *l. videamus 38. §. 1. 2. & 3. ff. de Vsur.* & facit *l. 7. §. ultim. & l. cum quis 12. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* [c] *d. l. 4. Cod. de condict. ob turp. caus.*

33 Sed an eadem sit actio, condictio ob turpem causam, & condictio ob injustam causam, quæri potest? Nos cum Cujacio[a] id negamus.[b]

[a] *in paratit. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus.* [b] *per dict. Rubr.* ubi particula VEL, segregat duas illas actiones; quippe cùm ejus sit vis ita segregare partes, ut ambæ reipsa distinguantur. Et facit huc, quòd diversi sunt tituli de his condictionibus *in Cod. veluti tit. 7. & tit 9. lib. 4. Cod.*

34 Ratio autem, qua hac ab illa distingui debeat, obscura videtur. Cujacius[a] priori actioni locum esse autumat, si ob finem, id est, futuram aliquam causam turpem id datum sit: huic verò, si quid datum sit ob injustam causam efficientem præcedentem: verùm hæc distinctionis ratio ex Paulo IC.[b] lib. 3. quæstion. facilè rejicitur.

[a] *in paratit. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus.* [b] *in l. si ob turpem 8. ff. d. t.*

35 Nos putamus cum eodem Cujacio, condictionem ob injustam causam compe-

Digitized by Google

competere, si quid ex antecedente promissione vi vel dolo extorta alicui datum sit.

per l.6.& 7.ff.eod.t. Cujac.*in paratit.C.de condict.ex leg.*

Restat condictio sine causa: cujus negotium, unde nascitur, (ut est ad- 36
quisitio rei, quæ jam apud aliquem sine causa vel procreante vel conserva-
te est) [a] similiter quasi est contractus; quippe cùm actio sit in personam, [b]
proindeque ex obligatione, [c] quæ obligatio non ex partium conventione
sive consensu, [d] sed ex bono & æquo nascitur, extra id, quod inter partes
actum fuit, [e] ut idcirco quasi contractibus meritò adnumeretur. [f]

[a] *l.1.§.2.L4 & tot.tit.ff.de condict.sine cauf.* [b] *§.appellamus autem Institut.de Action.* [c] *§.omnium, Instit.de Action.L actionum. genera 25.in princ. verf.in personam actio, ff. de O.& A.* [d] Vt testantur exempla negociorum sive casuum, pro quibus condictio hæc conceditur. [e] Cujac.*in paratit.C.de condict.ex leg.* & patet ex textu *in l. Nam hoc natura 14 l.in summa 65. §. quod ob rem datur & leg.seq. ff. de condict. indeb.* [f] *arg. l.5.in princ.& §.1.& 2.ff. de O.& A. & tot.tit. Inst. de oblig. quæ quasi ex contract. nasc.*

Est autem hæc condictio vel propria certis casibus; [a] vel communis il- 37
lis casibus, ex quibus nascitur condictio indebiti, [b] condictio ob causam
dati, causâ non secutâ; [c] condictio ob turpem causam, & condictio ex in-
justa causa. [d]

[a] Qui proponuntur *in l.2.3.& 4.Cod.de condictionib.ex leg.l.2.ff.de condict.sine cauf.& l.servus 30.§.secundum quæ, ff.de Action.empt.& vendit.* [b] *l. hæc condictio 66.ff.de condict.indeb.l.1.in princip.ff.de condict.sine cauf.* [c] *l.1.§.1.& l.4.l.ultim.ff.d.tit.* [d] *d.l.1.§. ultim.ff.eod.* Cujac.*in paratit.ff.eod.tit.& in paratit. Cod.hoc tit.*

Propria est hæc condictio huic casui; si chirographum meum spe futuræ 38
numerationis tibi dederim, & nihil mihi credideris: vel si quod credidisti,
omne persolverim tibi.

l.2.& 4.C.de condict sine cauf.

Item huic casui: si fullo amissis vestimentis, domino, ex locato conven- 39
tus, pretium eorum solverit, & vestimenta à domino postea reperta sint.

l.2.ff.eod.tit.

Vt & huic casui, quo malæ fidei possessor ex re aliena fructus perceptos 40
consumpsit.

l.3.C.d.tit.

Tum etiam casui huic; quo servus tuus numos mihi surripuit: quos tu, 41
ignorans eos furtivos esse, consumpsisti.

l.servus 30.§.secundum quæ, ff de act.empt. & vendit.

Item illi casui, quo quis de fundo suo vi dejectus est. Hoc enim casu pos- 42
sessio condici potest.

l.verum est 25.ff.1.ff.de furtis.

Digitized by Google

Dicitur autem triticaria condictio, non à tritico, frumenti genere, ſed à Trititio autore ejus. 9

Vide præter gloſſ. ad *Rubric. ff. de condict. Triticar.* & Bartol. *in l. 1. ff. dict. tit.* Donell. *ad eandem Rubric. num. 10. & ſeqq.* Molinæ. *Tractat. de uſur. quæſt. 92. num. 698.* ubi docet ab eventu hanc actionem ita dictam. Cujac. *in paratit. ff. eod. tit.* autoritate Græcorum tradit, hoc nomen condictioni huic caſu quodam inditum fuiſſe, à tritico. Sed ſi à tritico ita nominaretur non triticaria, ſed trititia appellanda eſſet.

Cæterum hæc condictio ſtricti juris eſt, [a] Ideoq; in ea rei æſtimatio fieri debet ad id tempus, quo ex conventione res dari debuit: vel ſi nihil convenerit, ad illud tempus, quo judicium acceptum eſt: [b] Niſi ante litem conteſtatam debitor moram fecerit; quo caſu ſpectatur tempus, quo res pluris fuerit, vel quo mora facta, vel quo res judicata eſt, ſi poſt moram res deterior facta ſit, ſive extiterit, ſive perierit poſtea. [c] 10

[a] Vide Donell. *ad dict. Rubric. de triticar. condict. num. 18. & 19.* ubi probat hanc actionem ſtricti juris eſſe. Quod etiam ſentire videtur Weſemb. *in paratit. ff. tit. eod. in fin.* At Cujac. diſſentit *in paratit. ibid. & tractat. ad African. 3. in explicat. l. 8. ff. de eo, quod certo loco.* Vbi docet, hanc actionem eſſe arbitrariam. [b] *l. ultim. ff. de condict. triticar. l. 3. §. In hac, ff. commodati, l. vinum 22.* ubi vide Donell. *ff. de reb. cred.* Quidam diſtinguunt inter genus petitum & inter petitam ſpeciem, De illo ſi agatur ſpectari tempus accepti judicii: De hac ſi lis eſt, ſpectari tempus condemnationis, vel rei judicatæ. Hackelman. *illuſtr. quæſtion. diſp. 10. theſ. 15.* [c] *l. penult.* ubi Donell. *ff. de condict. triticar. l. In re furtiva. §. 1. l. Ex argento. ff. de condict. furt. l. penult. ff. de action. rer. amot.* Cujac. *Tractat. 8. ad African. in explicat. l. Hominem 37. ff. Mandat. circa finem, & in l. Quotiens 59. ff. de verbor. obligat.* Vide Hotomann. *libr. quæſtion. illuſtr. quæſt. 16.*

Sin res poſt moram facta ſit precioſior, ſpectatur tempus rei judicatæ, modò res adhuc extet: ſi perierit, & quidem ante rem judicatam, ſpectatur tempus interitus. 11

d. l. pen. ff. de condict. triticar. l. pen. ff. rerum amotar. d. l. in re furtiva 8. §. 1. l. Ex argento 13. ff. de condict. furtiv. Cujac. *ſupra dict. loc.*

Atque hæc procedunt in condictione triticaria non ſolum ex mutuo, vel ex ſtipulatu, ſed etiam ex cauſa furtiva, vel rerum amotarum, & ex qualibet alia cauſa. Conſtat enim ex omni alia cauſa triticariam dari actionem. 12

l. 1. & l. 2. ff. de condict. triticar. Cujac. *ſupra dict. loc. ad African.*

Idem juris eſt, in loco, ut æſtimatio ſumatur ejus loci, quo dari debuit. Si de loco nihil convenit, is locus ſpectatur, quo peteretur. 13

dict. l. ult. ff. de condict. triticar. & l. vinum 22. ff. de reb. credit.

CLAS. III. DISPUT. XXII.
DE IVRE RETRACTVS.

THESIS I.

DIspiciemus nunc de jure retractus. [a] Ius retractus est potestas rem quãdam alienatam intra tempus definitum solenniter revocandi. [b] Germanicè, ein Einstand/ [c] ein Losung. [d]

[a] Id enim desiderat ordo propositus *suprà disputat.1.thes.3.huius class.3.* Illud quæritur an hæc consuetudo sit rationalis & legalis? & illam Iure Divino Canonico & Civili probari posse ostédit Berlich. *to.2.conclus.39. nu.11.& seqq.* Tyraq. *de retract in præfat.n.1.& 7.* Coras. *lib.3.miscell.c.1.nu.1.* Motla *in Empor.part.1.tit.9.quæst.11.* [b] *l.dudum 14. in princ. C.de contr.empt. & vendit. c. constitutus, extra de in integrum restit & l.2.C.de pact.inter empt.& vend.* [c] Andr.Geyl. *lib.2.observat.19.in princ.* Mynsing. *cent.3.obser.51.* Matth.de Afflict. *de jur.protimis.cap.1.* [d] Fürstenthumbs Würtemberg Alt Landrecht/ *part.2.tit.* Wie die Burger oder Einwohner einer jeden Statt oder Dorffs / *pag.209.* New Landrecht/ *part.2.tit.16.* Vbi Excellent. Dn. D. Besold. multas in praxi quotidie occurrentes quæstiones eleganter resolvit *à thes.70.ad thes.125.* Item Landtsordnung/*tit.* wie vnsere Flecken der Güter halben/ in jhren Marckungen ligend/ zu ein ander die Losung haben sollen.

2 In hoc autem in universum spectamus tum genera, & species ejus: tum ipsorum generum & specierum communes affectiones, Sic compilatores juris aliquando prius ipsa genera, & species: deindè communia generum & specierum exposuerunt.

Vt arguit *tit.ff.communia prædior.Item tit.C.communia utriusq; iudic.tit. commun. de manumiss.tit.communia de usucap.tit.commun.de leg.& fideicommiss.*

3 Genera retractus duo sunt : aut enim ipso jure constituitur retrahendi potestas, aut voluntate privatorum.

4 Ipso jure constituta retrahendi potestas dicitur, cum vel jure cõmuni [a], vel statuto [b], aut consuetudine loci, [c] ea alicui competit.

[a] *l ult.C.de iure emphyteut* [b] ut Statuto Wirtembergico. Landrecht. *part.2. tit.16.* Hinc Dn. D. Besold. *dict. disput.2.thes.70.* Dicit, Ius retractus introductum quidem esse Constitutione Imperatoris Friderici. *de jure protimis. quæ habetur lib.5.F.in Editione Gothofr.* Reichs Abschid *de anno 1559.* §. die jetzt gemelte. Et etiam aliquot Novellis Græcorum Imperatorum roboratum, Has tamen Constitutiones jus nostrum non respicere, itaq; nisi singulari statuto vel privilegio id introductum inveniatur retractus jure civili non valet: Idem asserit Dn. D. Besold. *decad.3. consil.1.* Exceptis quibusdam casibus in Feudo. *tit.3. §. sed etiam res.t.26.§. Titius lib.2.Feud.* Mynsing. *cent.4.obs.85.* Et Emphyteusi *leg.fin. c.d.iur.Emphyt.adde thes.seq.* Etenim tale statutum, utpote, quo domino libera de rebus suis disponendi facultas adimitur odiosum reputatur. ita ut stricte intelli-

Digitized by Google

intelligendum ſit. Honded. *conſ. 3. part. 1. num. 25.* Guttierez. *lib. 2. pract. quæſt. 145. n. 2.* [c] Tyraquell. *de jure retractus, in præfat. in princ. &* Andr. Geyl. *d. obſervat. 19.* Althuſ. *lib. 1. Dicæol. cap. 75. num. 31. & ſeqq.*

Iure communi receptum eſt jus retractus, quod vendita emphyteuſi, (in caſu ſcilicet, quo alienatio emphyteuſis licita eſt) competit Domino adverſus emptorem extraneum, qui emphyteuſin emit; [a] condictione ſcilicet ex lege, [b] quæ eſt actio in perſonam ex q. contractu. [c] 5

[a] *per d. l. ultim. C. de jure Emphyteut.* ubi Iaſon. *num. 12. Dd. alij ad l. 1. C. de Metall. lib. 11.* Molin. *ad conſuetud. Pariſ. Tit. 1. §. 13. nu. 5. & §. 15 nu. 3. & tit. 2. §. 55. & nu. 145. & ſeq.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gloſſ. 9. nu. 147.* [b] *per d. l. ultim. C. de iure Emphyteut.* [c] *argum. tot. tit. Inſtit. de obligat. quæ q. ex contract. naſc.*

Similiter communi feudorum jure competit agnatis Vaſalli jus retractus, ſi feudum paternum Vaſallus licitè extraneo, vel etiam remotiori agnato vendiderit; [a] condictione ſcilicet ex conſuetudine feudali, [b] quæ ſimiliter eſt actio ex quaſi contractu. [c] 6

[a] *tit. 3. § ſed etiam res. tit. 26. §. Titius. libr. 2. feud.* Vid. Hartman. Piſtor. *lib. 2. quæſt. iuris, quæſt. 11. & quæſt. 12.* & Mynſing. *cent. 4. obſerv. 85.* [b] *per textum ad lit. A. adſcriptos.* [c] Quia pretio dato revocat agnatus feudum, ut ex textib. adductis patet, certè actio retractus hujus in rem dici non poteſt. Quia verò ex contractu non eſt, ex quaſi contractu ut ſit, neceſſe eſt, *per tit. Inſtit. de oblig. quæ q. ex contract. naſc.* Et de retractu in feudis vide Weſenbec. *conſil. 137.* Maſtrill. *in conſil. unic. poſt deciſ. 99.*

Quod attinet retractum, qui ſtatuto, vel conſuetudine loci competit, ejus inſpectio generalis duplex eſt: Vna ſpecierum illius: altera actionis, quæ ex ſpeciebus illis retrahenti competit. 7

Species hujus retractus hæ numerari poſſunt; Retractus territorialis, die Marckloſung: retractus cenſualis, die Zinßloſung: retractus partialis, die Theilloſung: retractus gentilitius, die Erbloſung. 8

Fürſtl. Würtenb. Landrecht. *part. 2. tit. 16. per tot.* Berlich. *tom. 2. concl. 39.* Paul. Chriſtinæ. *vol. 1. deciſ. 281.*

RETRACTUS TERRITORIALIS, die Marckloſung/ eſt, qui ex ſtatuto, vel cõſuetudine loci competit civibus, vel incolis, [a] ſi res aliqua immobilis territorii ſuæ civitatis vel pagi, in alium, quam qui ejuſdem eſt civitatis, vel pagi, alienata fuerit; cujuſmodi retractus ſtatuto Wirtembergico ſubditis permiſſus eſt. 9

Fürſtlich Württemb. Landtrecht/ das alt/ *part. 2. pag. 209.* das new/ *part. 2. tit. 16. cap.* von Marckloſungen/ Landts Ordnung. *tit.* Wie vnſere Flecken der Güter halben/ ꝛc. *pag. 39.* Et ſtatutum prohibens alienationem rerum immobilium in forenſes favorabile eſt. Vid. *ſupr. claſſ. 2. diſput. 3. theſ. 30.* Hondedeus *vol. 1. conſ. 5. & vol. 2. conſ. 6. & conſ. 13.* Gail *l. 2. obſ. 19. n. 2.* Dn. D. Beſold. *dict. loc. theſ. 100.* quia hac ratione bona ſubditorum ſub juriſdictione ſtatuentium manent Surd. *conſil. 276. n. 9.*

10 In hoc retractu conſideramus, tum quibus, & adverſus quos competat: tum quibus de rebus detur.

11 Competit autem hic retractus illis civibus, ex quorum territorio prædium aliquod in extraneum eſt alienatum. Einem Burger/oder Einwohner einer Statt/oder Dorff/ ſo in derſelben Bännen/ oder Bezirck ein ligend Gut gegen einem Außgeſeſſenen verkaufft worden.

Fürſtenthumbs Württemb. Landtrecht / vnd Landtsordnung. *d. locis.* Sed quæritur Ob die Marckloſung in Verkauffung eines zehenden ſtatt habe oder nicht/de qua quæſtione omnino conſulendus Dn. D. Beſold. *part. 2. conſil. 47.*

12 Quòd ſi plures ex civibus retrahere velint, tunc potior in retrahendo erit ille, qui cæteros prævenerit: & pecuniam re ipſa obtulit: [a] ſin plures ſimul venerint, jure Wirtembergico cautum eſt, ut hæc contentio ſorte dirimatur. [b]

[a] *per c. qui prior eſt tempore, de R. I in 6. l. ſi plurib. 33. in fin. de leg. 1. l. 2. d. duob. reis conſtit. l. ſi Titius 9. de verb. obligat. l. 2. in fin. com. divid. l. in tribus 33. de iudic. l. quoties 15. C. de rei vind.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 10. gl. 10. num. 2.* Fürſtl. Württemb. Landrecht. *tit.* von Marckloſungen. §. vnd ſo in Marckhloſungen. [b] Fürſtl. Württemb. Landtsordnung. *pag. 39.* §. wa aber ſich mehr. New Landtrecht / *dict. cap.* von Marckhloſungen/ §. Vnd ſo in Marckhloſungen. pro quo etiam ſtatuto faciunt ea, quæ longo ſtylo ſcribit Tiraquell. *tr. de primogenitor, quæſt 17.* Dn. Beſold. *dict. diſp. 2. theſ. 84.*

13 Si item civium alicui etiam ex conventione, aut defuncti voluntate cõpetat jus retrahendi alienatum prædium, meritò hic aliis potior erit, [a] cùm geminum jus habeat. [b] Et ſi plures fuerint, quibus ex pacto, aut teſtamento retrahendi jus debetur, tunc is, qui antiquius habet jus, cæteris præfertur. [c]

[a] Fürſtenth. Württemb. Landtrecht/das alte/ *d. part. 2 pag. 209. ibi,* wa nicht andere/die eine bedingte Loſung darzu hetten. Das new/ *d. cap.* Von Marckloſungen/ *in fine principii,* Item/ Landtsordnung/ *pag. 38. ibi,* wa nicht andere die eine bedingte Loſung darzu hetten. Quæ verba de incolis, non etiam extraneis intelligi debent: quippe cùm privatorum conventione juri publico non derogetur: & jus alii quæſitum aliorum pactione auferri non poſſit; eò, quòd res inter alios acta, aliis non præjudicet. Huc quoque pertinet, quod tradit Tyraquel. *de retractu conventionali, §. 1. gl. 7. num. 1. & 2.* Schæfter *lib. 3. q. 22.* Gratian. *diſcept. forenſ. 526. in princ.* [b] *§. ſed hodie. verſ. ſi verò pater naturalis, & ibi gl. in verb jura. Inſtit. de adopt. Novell. 84. cap. 1 §. vult autem hæc lex, & ibi gl. in verb.* meliores *in fin.* [c] Fürſtenth. Württemb. Landtrecht das alte/ *d. pag. 209. ibi,* oder ältere Loſung darzu hetten. Das newe/ *dict. cap.* von Marckhloſungen/ *in fine principii.* Facit huc *C anteriorum, §. illud. 11. quæſt. 6. c. quanto, extra de tranſlat. Epiſcop. l. potior eſt. 11. C. qui potior. in pign. hab. & l. 4. C. d. tit.*

Verùm jure V Virtembergico nihil extraneum juvat conventionalis retractus, ſi aliquis civis in vim retractus territorialis retrahere velit: hic enim retractus conventionali retractui præfertur. *Ita*

Ita cautum nova Illustrissimi Principis Ludovici laudatissimæ memoriæ constitutione declaratoria, *anno 1588. publicata, & anno 90. repetita.* Vide *infr. thes. 39. & 35. & 38.*

Competit autem retractus territorialis, die Marckhlosung / adversus extraneum, gegen vnd wider einem außgesessenen / qui prædium in alieno territorio emit, [a] etiam si sub auctione venditum sit prædium. [b] in Bantungen. 15

[a] Fürstenth. Württemb. Landtrecht das alte/*part. 2. pag. 209.* Das newe/*d cap.* von Marckhlosungen/ Item Landtsordnung/ *d. pag. 38.* [b] Nam & hæc venditio est species venditionis. *l. ordo 3. C. de execut. rei iud.* Vnde retractus etiam in hujusmodi necessaria (ut vocant) venditione locum meritò habet. Idque sentit etiam Tiraquel. *de retract. lignag. §. 1. gl. 9. nu. 272.* & Molin. *ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 13. num. 9. vers. amplia septimo,* & Franciscus Ming. *ad consuetud. Andagavens. tit. retract. lignag. articulo 410.* At in necessaria emptione retractui locum non esse censet Gauer *part. 1 disp. Basilien. thes. 71.* cum nullus firmior sit acquirendi modus quàm emptio sub hasta Rauchbar. *lib. 1. quæst. 45. & seq.* Hotom. *consil. 22. & seq.* Vid. Besold. *disp 2. Iur. Wurtt. th. 101.* Quid si alienatio per testamentum fuerit facta, quæritur utrum civibus ac incolis, æque retractus competat, ac si per contractum facta fuisset. Negat hoc Hondæd. *vol. 2. cons. 13. num. 16.* Aientem veriorem existimat Plebst. *disp. 2. ad stat. VVürtenb. thes. 159.* quia alienatio etiam ad hæredis institutionem &c. pertinet. *arg. l. pater. 38, §. 3. §. Agrippa. 4. ff. d. legat. 3. l. 8. §. certum. C. de secund. nupt.*

Cæterùm quod de extraneo emptore statuto Wirtembergico cautum est, extendi an etiam debeat ad Principis ministros, veluti præfectos, cæterosque officiales, qui jus civitatis, ubi commorantur, & immobilia emerunt, non habent, in dubium vocari scimus? Arbitramur autem & ad hos statutum illud porrigi debere, ita ut etiam ab his per civem retrahi possit prædium emptum. 16

Concedit etenim statutum (quod cum correctorium sit juris civilis, propriè accipi debet) concedit, inquam, civibus oppidorum & pagorum incolis retractum, si non civi, non incolæ vendita sit res soli, alt Landtrecht *pag. 209.* & Landtsordnung/ *pag. 38.* Quando igitur præfectus, aut officialis ejus oppidi civis non est, vel non est incola pagi, rectè vi statuti ab eo retrahitur prædium. Maximè cum statutum quod de civibus loquitur, de veris civibus accipi debeat, non de his, qui tantùm in oppido commorantur: quales sunt etiam Phalburgeri/ & Iudæi, Bald. *ad l. 3. §. hæc verba n. 1.* Idem Bald. *ad l. cives & incolæ n. 6. & 7. C. de appell. Alex. cons. 160 n. 2. vol. 5.* Non obstat quod statutũ permittit retractũ contra die Außgesessene. Per hos enim significantur, qui cives oppidi, vel incolæ pagi non sunt, licèt in oppido vel pago cõmorẽtur: sicuti ipsa oppositio der Burger vnd Außgesessener rectè arguit. Nihil quoq; refragatur, quod statutũ etiam loquitur de incolis, von den Einwohnern/ & ipsi etiam præfecti, cæteriq; officiales videntur esse incolæ: siquidẽ ibi cõmorentur. Nam (ut autumo) per incolas denotãtur ibi cives pagorũ:

& ut

& ut dictioni Burger reſpondet vox, Statt: ita verbum Einwohner refertur eo loco ad vocabulum Dorff. Atque hanc concluſionem nominatim confirmat das New Landtrecht/ *d. cap.* von Marckhloſungen/ *in pr.* Vbi Plebſt. *diſput.2.theſ.155.*

17 Vtrùm autem locus ſit retractui, ex jure noſtro VVirttembergico, ſi Illuſtriſſimus & Clementiſſimus Princeps noſter, alicubi in territorio cujuſdam oppidi, vel pagi rem ſoli propriam vendat, haud ineptè quæri hoc loco poteſt? Nos id negandum putamus.

Tum quia ſtatutum dictis locis loquitur tantùm de civibus & incolis, von Burgern vnd Einwohnern/oppidorum & pagorum, qui prædia ſua extraneis vendunt: Tum quia ſtatutum idem agit de venditore & emptore, qui ſunt diverſorum territoriorum, ut proinde Illuſtriſſimo Principe ipſo vendente ſolum aliquod proprium accipi non poſſit: quippè cum ejus Celſitudo unius oppidi vel pagi civis aut incolæ negari, alterius verò affirmari nequeat: cùm tota provincia ipſius ſit: Tum deniq; quia impediri à ſubdito effectum contractus, quem Princeps fecit, quodammodò & indecorum & invidioſum fuerit. Conſentit huic concluſioni Bonaventura Sauer. *diſp. de retractu. theſ.22.*

18 Similiter ſi Illuſtriſſimus noſter Princeps in alicujus oppidi vel pagi territorio hujus Ducatus prædium unum aut plura emat, retractui locus non eſt.

Tùm quia Celſitudo ipſius, ut totius hujus provinciæ: ſic & ſingulorum territoriorum jus habet: tùm quia Princeps non ligatur politico ſtatuto ſubditis condito, Tyraquell. *de retract. lignag. §.1.gl.13.n.38. & ſeq.*

19 Nunc quibus de rebus competat jus retractus territorialis diſpiciemus. Competit autem jus illud ex jure noſtro Wirttembergico de rebus tantùm ſoli, puta prædiis.

Fürſtl. Würtemb. Landtrecht & LandtsOrdnung/ *d. locis.*

20 Neq; refert, prædia in oppidi vel pagi alicujus territorio ſita, laicorumne ſint, vel monaſteriorum.

Tùm quod Statutum non diſtinguit inter hujuſmodi prædia Ducatus. Vnde promiſcuè de monaſteriorum, & laicorum prædiis exaudiri debet, per tradita Bald. *in c. cum Veniſſent, nu.6. extra de eo, qui mit. in bon. poſſ. cauſ. rei ſer.* Tum quia & Abbates Monaſteriorum approbarunt ſtatutum Ducale, uti arguit præfatio deß Landtrechten: Item der Landtsordnung/ ut proindè ad monaſteriorum quoq; bona extraneo vendita pertinere putandum ſit, per ea, quæ in terminis tradit Chaſſan. *in conſuetud. Burgund. rubr.10. §.1. pag.1314. num.1.* Tum quia & monaſteriorum prædia ſunt ſecundùm receſſus Imperii de provincia Illuſtriſſimi Principis noſtri, & idcircò etiam ſtatutum principis ad monaſteriorum prædia pertinet, per id, quòd ſcribit Bald. *ad d.c. cum Veniſſent. num.6. extra de eo, qui mit. in bon. poſſ. cauſſ.* & Chaſſan. *ad conſuetud. Burgund. d. Rubr.10. §.1. pag.1314. num.1.*

21 Quia autem in prædiis tantùm extraneo, ſtatuto Wirtembergico, venditis, civibus, & incolis oppidorum & Pagorum jus retractus datum eſt: ſequitur indè, ſi ex uno territorio in aliud vendatur fœnum, cordum, ſtramen, fimus, frumentum, vel quæ alia res mobilis, retractui huic locum non eſſe.

Cùm enim ſtatutum, quo retractus permittitur, ſit correctorium Iuris communis; proindeque ſtricti juris, ut ſuprà oſtendi, certè extendi ad res mobiles, cùm nominatim de rebus tantùm ſoli agat, non debet. Tyraquell. *de retract. lign. gl. §.25. gloſſ.1. pag.350.* Atque ita placuiſſe etiam, cum hæc incidere:, & tractaretur quæſtio, aliquot præclariſſimis Iuriſconſultis hujus Ducatus memini: eamq; ita decidit ſtatutum novum Wirtembergicum, *d. t.16.* von Loſungen/ *in prin.*

Digitized by Google

in princ. Verſ. Inſonderheit aber. Vbi Plebſt. *theſ.* 157. Res tamen mobiles hæreditariæ reſtitutioni ſubjectæ, ſi vendantur hæredibus eas intra quatuordecim dies retrahere integrum eſt. Landrecht. *part.* 4. *fol.* 445. §. Dem vberblibnen Ehegemächt. An locus ſit retractui in diviſionibus diſquirit Piſtor. *Obſervat.* 138. Si teſtator prohibeat ne fundus ex familia vendatur, vendito fundo à hærede, proximior ad retrahendum invitatur. vide Dn. D. Beſold. *Vol.* 1. *conſil.* 1. *num.* 3. *fol. m.* 9.

Cæterùm magna eſt quæſtio, an etiam hic retractus, die Marckloſung/locum habeat, ſi ſtantes, vel pendentes adhuc fructus extraneo vendantur, veluti ſegetes terræ, uvæ vitibus, Poma & Pyra arboribus cohærentia? Et negativam nos veram putamus, quamvis ſtantes & pendentes fructus pars fundi dicantur. 22

Tum quia fructus ſtantes adhuc & pendentes, cum per ſe diviſimq;, ac ſeparatim conſiderantur, quod fit, cùm ſine fundo venduntur, ſeparandi mox à fundo vel vitibus, aut arboribus, cenſeri debent, ac ſi jam eſſent ſeparati: tum quia finis, ad quem quodlibet negotium tendit, potius inſpiciendus eſt, quam quod præſens eſt: tum denique quod argumentum de toto ad partem neque neceſſariò concludit, neque ſimpliciter, ſed ſecundùm quid procedit, & nunquam, cum eſt diverſa ratio totius & partis. Atque his rationibus ex jure deſumptis hanc concluſionem confirmat Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 1. *gl.* 7. *num.* 42. 44. 45. & 46. Pertinet quoque huc, quæ tradit Covarr. *lib.* 1. *Variar. reſol. cap.* 15. & Molin. *ad conſuetud. Pariſ. tit.* 1. §. 1. *gl.* 8. *nu.* 37. Diſſentit Martin Pegius *tr. de jure protho-miſ. cap.* daß der Einſtand allein in den ligenden vnbeweglichen Gütern ſtatt hab/ §. Es werden aber.

In quæſtionem & illud vocari hîc poteſt: an ſtatuto vel conſuetudine, quod, quævé retractum hunc in re immobili civibus vel incolis concedit, locus etiam ſit retractui huic, ſi quis civis aut incola jus aliquod ſibi competens extraneo vendat? ut ſi ei vendat annum reditum, qui ex fundo aliquo quotannis præſtatur, vulgò ein Landgarb. Arbitramur autem in hujuſmodi etiam jure locum habere hunc retractum. 23

Landrecht. *d. tit.* 16. §. von Zinßloſungen. *Verſ.* ferner ſetzen vnd ordnen wir. Iura enim, veluti reditus annui, inter immobilia cenſentur, *textus eſt in Clem.* 1. §. *cumq; annui reditus inter immobilia cenſeantur, tit. de Verb. ſignif. ut in l. jubemus nulli.* 14. *in princ. C. de SS. Eccleſ. tit.* 1. *in fin. aut ita, quæ inter immobilia connumerantur, junctis tit.* 20. *in prin. ibi de annuis præſtat. lib.* 2. *feud. l.* 112. *ff. de legat.* 1. Schrader. *de Feud. part.* 3. *cap.* 3. *num.* 2. Idque inprimis verum eſt, ſi ex fundo annui reditus præſtentur; quippe cum res ſecundùm ſubjecta ſua, quibus cohærent, mobiles vel immobiles cenſeantur, *Novell.* 7. *in princ. Verſ. Vult enim illa.* & *l.* 3. *de diverſ. & tempor. præſcript.* Hæc quoque concluſio probatur ab his, quos refert & ſequitur Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 1. *gl.* 6. *num.* 3. & *ſeqq.* & Chaſſan. *ad conſuetud. Burgund. rub.* 5. §. 1. *nu.* 1. 2. 3. 4. 6. & 7. Dn. D. Beſold. *diſp.* 2. *ad ſtatut. Wurtenb. theſ.* 92.

Similiter ſi quis civis aut incola in fundo ſuo uſumfructum extraneo vendiderit, [a] ex eodem ſtatuto vel conſuetudine locum eſſe retractui exiſtimamus. [b] 24

[a] Secundùm *l. neceſſariò.* 8. §. *ultim. ff. de pericul. & commod. rei vendit.* Landrecht. *dict. tit.* 16. *Verſ.* da auch auff Erblich. *fol.* 287. [b] Tum quia uſusfructus fundi venditio eſt quodammodo alienatio ipſiuſmet fundi. *l. ult. C. de rebus alien. non alien.* & *l.* 3. §. *nec uſusfructus, ff. de reb. eorum, qui ſub tut. l. ab emptore.* 49. ubi gloſ. *ff. de Eviction. l.* 4. *ff. de uſufruct. l.* 58. *ff. de Verbor. obligat.* Tum quia uſufructu fundi venditio alicui extraneo, utilitas & commodum, quod indè percipitur, niſi locus eſſet retractui, auferretur civitati vel pago: quod cùm ſit contra mentem ſtatuti, vel conſuetudinis, locus certè & hoc caſu erit retractui: Tum denique quod uſusfructus in fundo conſtitutus eſt inſtar partis fundi *l. cum filius.* 76. §. *Do-*

minus. ff. de leg. 2. ſive ſimilis parti ipſiuſmet fundi, *l. qui uſumfructum.* 58. *in princ. de Verbor. oblig. & l. ſi unus* 27. *§. Item ſi pactus, Verſ. quemadmodum ſi conVenerit, de pact.* Matth. quoque de Afflict. *in tract. de jure prothomis. colum.* 10. *operis totius, Verſ. Item quæro, quid ſi Vendatur uſuſfructus*, ut & Chaſſan. *ad conſuetud. Burgun. Rubr.* 10. *§.* 1. *in Verb. ſon heritage. nu.* 14. *pag.* 1319. eandem hanc ſententiam amplectuntur, à quâ tamen alienus eſt Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 1. *gl.* 7. *nu.* 61. qui movetur maximè textu *l. ſciendum* 15. *§.* 1. *Verſ. eum Verò, qui ſatisfacere cogunt. l. rectè dicimus.* 25. *ff. de Verb. ſignificat.*

25 Sequitur retractus cenſualis, die Zinßloſung. CENSUALIS RETRACTUS eſt, qui ex ſtatuto, vel conſuetudine loci competit, hoc nomine, quod duo pluresve ex prædiis ſuis, quæ poſſident ſinguli, communem cenſum fundiarium aut impoſititium uni domino quotannis tribuunt. Et quidem competit illi, qui ejuſmodi prædium unum, aut plura poſſidet, adverſus eum, qui ab alio poſſeſſore tale prædium, unum aut plura emit. Cujuſmodi retractus ſtatuto Wirtembergico receptus eſt.

Fürſtl. Würtemb. Landtsordnung. *tit.* Daß niemand kein Lehen oder theilbar Gut ohne erlaubt zertrennen ſoll. *pag.* 24. *Verſ. ubi. Item tit.* wie die Güter in dieſem Fürſtenthumb ligend/ ꝛc. *pag.* 43. *Verſ. ultim.* New Landrecht / *part.* 2. *tit.* 16. *cap.* von Zinßloſungen. Cenſum fundiarium diſtinguit Molin. ab impoſito cenſu. Illum vocat, ſi prædium ſit datum alicui, ut indè quotannis cenſus præſtetur: hunc appellat, ſi data pecunia, prædio alicujus impoſitus ſit, ut ſi pretio emptus ſit, Molin. *conſil.* 9. *num.* 21. 22. *& ſeq.* Notandum hîc & illud, quod in bonis cenſiticis jus retractus non competit domino cui debetur cenſus. Berlich. *part.* 2. *concluſ.* 47. *num.* 13.

26 Atque hic retractus noſtro jure VVirtembergico præfertur retractui territoriali, & convenientionali retractui. [a] Etſi plures ſint, qui cenſuale, ſive penſionarium prędium venditum retrahere velint, tunc ille præfertur, qui partem majorem prædiorum cenſualium jam ante poſſidet. [b]

[a] Fürſt. Würtemb. Landtsordnung / *dict. tit.* Daß niemand kein Lehen oder theilbar Gut/ ꝛc. *pag.* 43. *Verſ. ultimo. ibi*, die Vorloſung zuſammen haben. *Item dict. tit.* wie die Güter in dieſem Fürſtenthumb/ ꝛc. *pag.* 43. *Verſ. ultim. ibi*, die Vorloſung hiemit vubenommen ſeyn. Atque ita etiam declarata eſt ordinatio iſthæc provincialis non ſolum ab Illuſtriſſimo & Clementiſſimo Principe, beatiſſimæ memoriæ, Ludovico, *ann.* 1588. 24. *April. & ann.* 1590. *menſ. Novemb.* ſed & novo ſtatuto, New Landrecht. *fol.* 288. *d. cap.* von Zinßloſungen/ *in fine principii. ibi*, allen andern Loſungen. [b] uti patet ex adductis jam locis, & declarationibus illis Principalibus. Inde huic retractui renunciari non poteſt, ut hæc pactio liget renunciantem, plus quam una Vice, alit ejus ſucceſſores. vid. Dn. D. Beſold. *de diſput.* 2. *theſ.* 78. Vbi *theſ. ſeq.* ſubjungit hunc retractum præ cæteris eſſe favorabilem.

27 Quandoque tamen, qui partem minorem cenſualium fundorum poſſidet, præfertur illi, qui poſſidet partem majorem: ut, ſi in eodem territorio, ubi venditum prædium ſitum eſt, ſuum domicilium habeat, alter verò conſors, qui majorem ejuſmodi prædiorum partem poſſidet, extra illud territorium ſuum domicilium collocatum habeat.

Ità conſtituit idem laudatiſſimæ recordationis Princeps, Dux Ludovicus *Ann.* 1588. *menſe April. & Anno* 1590. *menſe Novemb.* & ſtatuit das new Landrecht/ *dict. cap.* von Zinßloſungen/ *§.* vnd wann etliche. vide Dn. D. Beſold. *dict. loc. theſ.* 85. Quid verò ſi emptor prædii cenſualis nullam antea partem in ipſo prædio habeat, ſed tantum prætendat jus contractus ſui, & jus retractus territorialis, numquid Extraneo partem cenſualis prædii habenti præ-

ti præferendus erit? Reſpond. Nequaquam: tum quia cum Emptor ipſemet ſit retractus, jure uti non poteſt, tum etiam quia nova conſtitutio loquitur de eo Cive qui ipſemet partem habet in cenſuali prædio; tum poſtremò quia cenſualis retractus cæteris omnibus præfertur, cum ad publicam utilitatem tendeat. Fürſtl. Landrecht. *p.* 2. *tit.* 16. §. Ob wir gleichwol. *fol.* 228.

Et quamvis in permutatione prædiorum ceſſet territorialis retractus, ut infrà theſ. 43. oſtendemus: attamen permutato cenſuali fundo cum alio prædio locum habere hunc cenſualem retractum jure VVirtembergico arbitramur. 28

Per text. Fürſtenthumbs Württemb. Landsordnung/ *d. tit.* daß niemand kein Lehen/ oder theilbar Gut ohn erlaubt zertrennen ſoll. *pag.* 34. *Verſ. ultim. in fin. in princip. pag. ſeq. ibi:* Wann deren eines oder mehr verkaufft / die Vorloſung zuſammen haben/ vnd ſonſt ſo viel immer müglich/ wider zuſammen gebracht werden. Vbi quod primùm de venditione dicitur, id confeſtim ad cæteras alienationis ſpecies porrigitur; id quod teſtatur etiam conſtitutionis illius pars prima, quæ eſt de omnibus alienationis ſpeciebus. Dn. D. Beſold. *d. l. theſ.* 81. Dn. Plebſt. *diſp.* 2. *theſ.* 161.

Cæterùm partialis retractus, die Theilloſung/ eſt qui competit ei, qui Domus vel horrei partem poſſidet, vendita alia parte ejuſdem domus vel horrei, puta, vendita taberna, ſtabulo, horreo, aut cella vinaria, adverſus eum qui illam domus, aut horrei partem emit. 29

Hunc retractum ſtatuto Wirtembergico receptum eſſe evincitur auſſer Fürſtl. alten Landrechten / *part.* 2. *tit.* Die zugehörenden Häuſer ſoll man abgeſöndert nicht verkauffen/ *pag.* 201. *Et* Fürſt. Landsordnung/ *d. tit.* Dann niemand kein Lehen oder theilbar Gut/ &c. *pag.* 35. *Verſ.* Nach dem auch. Et cautum eſt jure novo Wirtembergico *d. tit.* 16. *in princ. Verſ.* Demnach auch. *fol.* 287. An retractui locus ſit ſi res immobilis in dotem data ſit. vide Maranth. *conſil.* 2. *per tot.*

Gentilitius Retractus Est, qui cognatis competit, ſi alius conſanguineus rem, quæ in communi familia fuit, extraneo vendat. Qualis retractus licèt communi jure non ſit permiſſus: [a] attamen quibuſdam in provinciis receptus eſt: [b] ut & ſtatuto noſtro VVirttembergico in caſu, quo conjunx ſuperſtes res mobiles, quæ reſtitutioni ſubjacent (id quod ei liberum eſt) vendat. Tum enim cognati & hæredes conjugis defuncti, aut defunctæ retrahendi eas res jus & poteſtatem habent. [c] 30

[a] *l. dudum* 14. *Cod. de contrahend. empt. & vend.* vid. etiam *l. in emptionem.* 35. *de minorib.* [b] uti oſtendit Tiraquell. *toto ſuo tract. de retractu lignag.* Andr. Geyl. 2. *obſerv. pract. obſerv.* [c] Fürſtenthumb Württemberg gemein Landrecht/ *tit.* Wie vnd was die Eheleut / ſo eines vor dem andern ohne erzeugte eheliche Kinder / mit tod abgehet / *pag.* 328. *Verſ.* Dem vberbliebenen.

Succedit actio, quæ ſuperiorum [a] retractuum nomine retrahenti competit. Ea autem eſt condictio ex lege, vel conſuetudine municipali; proindeq; perſonalis ſed in rem ſcripta, [b] ex quaſi contractu. [c] 31

[a] *Propoſitorum in theſi* 8. [b] Chaſſan. *ad conſuetud. Burgund. Rubr.* 10. §. 11. *in Verb. On detenteur, num.* 2. & 3. Tyraquell. *retract. lignag.* §. 8. *gloſſ.* 5. *num.* 6. & Andr. Gail. *lib.* 2. *obſervat. pract. obſervat.* 19. *num.* 6. [c] Ex contractu enim non eſt, neque ex delicto, aut quaſi delicto, proindeque quaſi contractu, *argument. tit. Inſtitut. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſc.* Vnde retractus hic non ſolum adverſus primum emptorem, ſed etiam adverſus ſecundum, tertium & ulteriorem intra Annum competit. Andr. Gail. *lib.* 2. *obſerv.* 19. *nu.* 7.

32 Hactenus de retractu, qui jure est receptus: sequitur de retractu voluntate privatorum constituto: qui duplex est, testamentarius, & conventionalis.

33 TESTAMENTARIUS RETRACTUS EST, si quis ultima sua voluntate potestatem dederit alicui, puta, Titio cognato, ut si quis heredum vel legatariorum, de fundis ei relictis, unum aut plures extraneo vendiderit, integrum illi sit, fundum aut fundos venditos, precio reddito, retrahere.

Per l. pen. 69. §. fratre 3. ff. de leg. 2. l. pater filium. 38. in princip. & §§. aliquot seqq. ff. de leg. 3.

34 Actio, quæ hujus retractus nomine competit, est vindicatio: item hypothecaria, competens ei, cui retrahendi potestas data est, adversus emptorem fundi, aut fundorum venditorum.

Per l. 1. C. commun. de legat. & fideicom. & §. nostra autem constitutio. junct. §. seq. Inst. de legat. l. pen. 69. §. frater, ibi, fideicommissum petent, ff. de leg. 2. l. uls. §. sin autem sub conditione, C. commun. de legat. & fideicommiss.

35 CONVENTIONALIS RETRACTUS angedingte Losung est, qui alicui ex conventione competit: Veluti ex pacto, quo venditor rem quandam vendendo cavit, ut liceat quandoque, vel intra certum tempus rem venditam redimere: cujus retractus nomine competit venditori, vel ejus heredibus contra emptorem, vel heredes ipsius actio personalis ex vendito.

l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. Mynſ. *cent. 4. obſerv. 69.* Landrecht. *d. tit. 16. ibi,* von anbedingten Losungen. And. Geyl. *lib. 2. obſerv. pract. obſerv. 16. Hartm. Pist. lib. 1. quæst. jur. quæst. 21. nu. 7.* Dissentit Dn. D. Besold. *disput. 2. Jur. Municipal. thes. 99.*

36 Volunt quoque interpretes hoc retrovenditionis pacto constitui pignus in re vendita, ut venditor etiam ab extraneo possessore possit petere rem venditam.

per l. 3. §. ultim. ubi Bart. & Bald. *qui pot. in pign. hab.* Tyraquell. *post alios de retract. convent. §. 3. gloss. 1. num. 9.* Sed in *d. l. 3. §. ultim. ff. d. tit.* specialis propositus est casus, Ang. de Perus. *ibidem, &* Matth. Coler. *tractat. de process. execut. part. 3. cap. 12. num.* At vide *l. si cum. 13. ff. de pigneratit. act. & l. 3. C. de condict. ob caus. dator.* Vide cautelam apud Berlich. *decis. anr. 123.* An actio ex contractu competens transeat ad heredes. vide Wesenb. *cons. 144.* An in tertium possessorem detur, & sic an sit realis. vide Wesenbec. *dict. consil.* ubi etiam habet quamdiu duret.

37 Arbitrantur etiam Dd. nonnulli, [a] oblato priori emptori pretio, integrũ esse priori venditori actione in rem experiri contra secundum emptorem. Verum hæc opinio ab aliis rectè explosa est. [b]

[a] Quos refert Tiraquell. *de retract. convent. §. 1. gl. 7. n. 6. & 7.* & sequitur in eodem Tractatu *§. 3. nu. 9. in fin.* adducit quoque pro horum opinione rationes sub *d. §. 1. gl. 7. num. 8. 9. & 10.* [b] *per l. ult. §. ult. de contrah. empt. & vend.* Andr. Gail. *d. observ. 16. nu. 3. & 4.* Vivius *lib. com. opin. lit. V. verb. Vendens rem cum pacto.* Vide etiam rationes & authoritates huc pertinentes apud Tiraq. *de retract. conven. §. 1. gl. 7. n. 12. & seqq.* Item Wesemb. *cons. 39. n. 6. part. 1.*

38 Ejusmodi quoque retractus est, qui competit ex pacto divisionis; [a] ut si heredes in ipsa hereditatis divisione pacti sint, si quisquam coheredem de sua

Digitized by Google

ſua portione extraneo quicquam vendiderit, cæteris coheredibus poteſtas ſit retrahendi illud: cujus retractus nomine contra emptorem extraneum competit condictio ex ſtatuto, vel conſuetudine, ſi alicubi, veluti in hoc Ducatu VVirtembergico receptus fuerit hujusmodi retractus. [b]

[a] Diviſionibus quoque pacta adjici poſſunt, *l. diviſionis placitum, 45. ff. de pact.* Landrecht. *dict. tit.* 16. **von anbedingten Teſtungen.** *Verſic.* **vnnd wa bey den Erbtheilungen.** *fol.* 291. [b] Et ſi ex pacto diviſionis inter ipſos paciſcentes, & eorum heredes præſcriptis verbis actio perſonalis dari ſoleat, *l. ſi fratres 7. Cod. com. Vtriusque Iudicij. l. ſi familiæ 14. l. licet 24. C. famil. erciſc. l. ſi filiæ 20. §. ſi pater, & l. his conſequenter 18. §. ſed & cum monumentũ, ff. d. t.* attamen contra tertium, puta, extraneum illum emptorẽ, cum quo heres retrahens non contraxit, jure communi perſonalis illa actio competere non poteſt, text. eſt expreſſus *in d. l. ult. §. ultim. ff. de contrahend. empt. & vend.* Quia verò hic etiam retractus in hoc Ducatu receptus eſt, uti arguit non modo authoritas rerum judicatarum in ſuprema Curia VVirtembergica, *Anno* 1565. *die* 8. *Julij, & Anno* 1587. *die* 22. *Martij:* Sed & nova Ducalis conſtitutio **von Teſtungen.** *edita Anno* 88. *die* 24. *Aprilis*, item alia de retractib. conſtitutio edita Anno 1590. *Menſe Novembr.* idcircò condict. ex conſuetudine, vel lege municipali, perſonali hac actione, retrahere ab emptore extraneo rem venditam heres poteſt. Sed an in diviſionibus res illi ſit adjudicanda qui majorem partem poſſidet. Vide Piſtor. *Obſervat.* 147.

Huic autem utrique retractui, qui ex retrovenditionis, & diviſionis pacto competit jure noſtro VVirtembergico, præfertur cenſualis & territorialis retractus. 39

d. conſtitut. edita Anno 88. *item d. conſtit. edita Anno* 90. Vide *ſupra theſ.* 14. *& theſ.* 26. & Dn. D. Beſold. *d. diſp. 2. theſ.* 95.

Sed in quæſtionem hoc loco vocari poteſt, cùm familiæ nobiles ex ſententia *Dd.* condere poſſint ſtatutum, vel conſuetudinem introducere, ne prædia extra familiam alienentur, [a] an valeat etiam earum ſtatutum, ut facta alienatione prædiorum extra familiam, locus ſit retractui? & quòd non habeat locum retractus, [b] niſi ab Imperatore confirmatum illud fuerit ſtatutum, [c] planè arbitramur. 40

[a] Schurff. *Cent. 1. conſil. 17. num. 17.* & Modeſtinus Piſtoris *conſil.* 21. *quæſt.* 1. Sed placitum illud familiarum nobilium potiùs conventio quædam, & reciproca promiſſio eſt, quàm ſtatutum; de qua conventione vide etiam *gl. ad l. 3. in verb. alienet. C. de cond. ob cauſ. dat.* [b] *d. l. ult. ff. de contrahend. empt.* [c] Cum enim jus commune emptorem obligari nolit tertio, cum quo non contraxit, ut arguit *lex proximè allegata*: & venditio illa non ſit ipſo jure nulla, ſed accedente traditione, dominium jure communi ad emptorem transferat, vide d. gl. *ad l. 3. in verb. alienet. C. de cond. ob cauſ. dat.*, & Tiraquell. *de retract. conventt. §. 1. gloſſ. 7. num. 11.* certè opus eſt hîc Principis confirmatione, *per l. 3. §. Divus Hadrianus. ff. de ſepulch. violat. l. 2. C. de offic. præf. prætor. Orient. l. ult. in fin. C. de Colleg. lib. 11. Auth. nullus. C. de ſanct. Auth. omnes peregrini. Cod. com. de ſucceſſ. c. quod ſuper his, &c. cum inferior. extr. de major. & obed. c. Veſtra, ext. loc. & conduct.* Quæſtio eſt. **Ob der Ritterſchafft die Außloſung Adenlicher Gütter gebühre** de qua vide eleganter Dn. D. Beſold. *decad. 3. conſ. 1.*

Atque hæ ſunt ultitatæ retractus ſpecies. Sed quæritur, ſi is, cui quotannis cenſus prædialis, ein **Landgrab/oder Bodenzinß/** præſtatur, hoc jus ſuum alicui vendat, an poteſtas retrahendi ſit illi, qui debet ex prædio, quod poſſidet, ejusmodi cenſum? Et propius veritati putamus, quòd competat ei jus retrahendi ſi impoſititius ſit cenſus redimibilis; [a] aut dubium fuerit, an ſit ejusmodi, [b] non etiam ſi perpetuus ſit cenſus. [c] 41

[a] Cùm

[a] Cùm enim ab ipſo venditore poſſit redimi, cur non etiam retrahetur ab emptore? quippe cùm hic in jus venditoris ſuccedat, & res cum ſuo onere tranſire dicatur. [b] Quia in dubio cenſetur impoſititius & redimibilis cenſus, ut ſentit Molin. *conſil.* 9. *num.* 21. & 22. Siquidem in dubio ſemper præſumimus, quod minus eſt, *l. ſi ita ſit adſcriptum.* 13. *l. cum ſervus.* 39. *alias apud Iulianum, §. Sejo ff. de leg.* 1. *l. nummis.* 75. *l. qui concubinam.* 29. *§. cum ita. ff. de leg.* 3. *l. ultim. ff. de prat. ſtipulat. l. ſemper in obſcuris, ff. de reg. jur.* [c] cùm enim emptor, ut dixi, in jus venditoris ſuccedat, & ab ipſo domino venditore redimere non potuerit cenſuarius, certè nec redimere poterit ab ipſo emptore hunc cenſum. Et confert huc conſtitutio Imperij in comitijs *Auguſt. an* 30. *publicata, quæ extat in Receſſib. Imperij, mihi, pag.* 210. *fac.* 2. Vbi expreſsè cautum, **daß niemand macht haben ſolle/ Erb vnd Ewig Zinß / weder Obrigkeiten/ geiſtlichen oder weltlichen Stands / noch ſondern Perſonen abzulöſen.** Denique ſuprema curia VVirtembergica retractum in hoc cenſu judicando improbavit, *Anno* 81. *die* 31. *Martij in cauſa appellationis* **von Nürtingen.** Plebſt. *diſt. diſſp.* 2. *theſ.* 158. adde Dn. D. Beſold. *Vol.* 3. *conſ.* 111. *n.* 5. & *diſſp.* 2. *adſtat. Wirtemb. theſ.* 92.

42 Similiter nomina ſi quis vendiderit ſua, **So einer ſeine Schuld verkauffet/** an debitori jus retrahendi competat, quæri poteſt? Et licet hæc poteſtas quodam principis ſtatuto planè denegata fuerit debitori. [a] Novo tamen ſtatuto hoc jus debitori eſt permiſſum. [b]

[a] *Puta Anno* 1590. *menſ. Novemb.* Ante quam conſtitutionem ſuprema Curia VVirtembergica aliquoties hunc retractum judicando reprobavit, *ut Anno* 1582. *die* 10. *Decemb. in cauſa appellationis* **von Mössingen.** *Item Anno* 87. *die* 7. *Decemb. in cauſ. appellat.* **von Baſlingen.** Contrarium tamen videtur **cautum in der Fürſtlichen Lands-Ordnung.** *fol.* 119. *Verſ. item* **da einer.** Verum eo loco non permittitur expreſſe nominum venditorum retractus, cum ergò retractus ſit odioſus, non eſt ex eo inferendum loco, retractum hunc eſſe permiſſum. [b] **New Landrecht.** *part.* 2. *tit.* 16. *pag.* 289. Sed hoc novum jus intellexerunt **Hoffrichter vnd Räth allein von lauffenden Schulden/ vnd nit von den verkauffteu Gülten. den** 1. *Aprilis An.* 1617.

43 Expoſitis retractus ſpeciebus, dicendum de communibus earum affectionibus, quæ duorum generum ſunt: Vnum complectitur quasdam communes de retractibus quæſtiones: alterum continet ſolennia requiſita retractus. Quæritur, an locus ſit retractui, ſi permutationis titulo res retractui territoriali, partiali, aut gentilitio ſubjecta, alienata fuerit? id quod negamus, [a] niſi in fraudem retrahentis permutatio facta ſit, [b] aut pro fundo, qui retrahi poteſt, res mobilis, [c] vel partim ſpecies promiſcua, partim pecunia, aut prædium æſtimatum [d] fuerit datum.

[a] Statutum enim vel conſuetudo, quod permittit retractum in rebus ſoli venditis, continet jus novum, & quidem derogatorium juri communi. *l. dudum* 14. *C. de empt. & vend.* Tiraquel. *in præfat. Tractatus de utroque retractu, n.* 60. & 61. Proindeque ſui extenſionem non patitur. *l. præcipimus.* 32. *in fin. C. de appellat. c. conſtitutio, in fin. tit. de elect. in* 6. Tiraquell. *de retractu lignag. §.* 1. *gl.* 9. *n.* 182. & *§.* 35. *nu.* 2. Et quod attinet ſtatutum VVirtembergicum, quod ſimiliter loquitur de vendita tantùm re ſoli, ideò extendi ad permutationem non debet, quod Illuſtriſs. Conditor ejus expreſsè mandavit, ut caſus omnes, qui ſtatuto comprehenſi non ſunt, ſecundùm jus commune decidantur, uti arguit non modò formula jurisjurandi judicum propoſita in **Fürſtl Würtemb. alt Landrecht.** *part.* 1. *pag.* 3. **New Landsrecht.** *pag.* 3. *Item in* **Fürſtl. Hoffgerichts-Ordnung.** *part.* 1. *tit.* 9. ſed & concluſio ejusdem ordinationis, *Verſ.* **Da etwas in Vnſerm Landrechten / vnd Ordnung.** *&c.* Huc quoque confert, quod Illuſtriſs. Author ſtatuti noſtri VVirtembergici, quoties quid ſtatuit, quod tam in permutatione, quàm emptione venditione obſervari vult, de utroque illo contractu idem ſimul diſponit, velut **im Landrechten.** *part.* 2. *tit.* **Von kauffen vnd verkauffen** / *pag.* 195. & *tit.*

Digitized by Google

So Käuffer vnd Verkäuffer vber den dritten Theil / *in princip. pag.* 209. Adhæc Illuſtriſs. conditor ſtatuti noſtri quamvis conſtitutionem illam de retractu aliquoties promulgaverit, puta im Landrechten *dicta pag.* 209. *Item* in der Landsordnung *pag.* 38. & im Newen Landrechten. *part.* 2. *tit.* 16. *pag.* 286. & *ſeqq.* Nihilominus tamen de venditione tantùm utrobique agit; quæ certè geminatio & iteratio enixam & præciſam diſponentis voluntatem abundè arguit. Denique hanc de permutatione ſententiam amplectuntur complures, quos citat Tiraquell. *in d. tract. ar. de retract. lignag. §.* 1. *gl.* 2. *n.* 2. & *gl.* 14. *n.* 19. & *ſeqq.* & Chaſſan *ad conſuetudines Burgund. §.* 9. *n.* 11. & Decian. *Reſponſ.* 59. Et licet eadem ratio finalis militare videatur in permutatione, quæ in venditione, puta, daß die Güter nicht auſſer der Marckung gebracht / ſondern darinnen behalten werden; attamen in novis ijsque correctorijs ne quidem ex majoritate rationis extenſio licita eſt, Everh. *in Topic. legalib. in loco à ratione legis ad extenſionem ipſius, n.* 14. & *ſeq.* maximè cum ratio illa, quæ adfertur, non eſt expreſſa, & plures fingi rationes poſſunt, id quod in dubio præſumitur, Everh. *d. loco n.* 18. 19. 20. & *ſeq.* Item cum ea ratio non finalis, ſed impulſiva eſt, qualis in dubio præſumitur, Ioh. à Robert. *lib.* 2. *Top. cap.* 5. *in fin.* Everh. *ſup. dict. in loco, n.* 26. qualis item ratio eſt ſtatuti noſtri, ut arguunt hæc verba. Nach dem wir vermeynen / ꝛc. Adhæc retractus non eſt æquè favorabilis in permutatione, ac in venditione; tum quia in permutatione alter in alterius territorio prædium nanciſcitur; tum quia extraneus ſuum fortè permutatione non alienaſſet prædium, niſi viciſſim aliud prædium in ejus locum recepiſſet: tum denique quia non eadem eſt affectio circa numos, quæ circa prædia eſſe ſolet. Quando autem in correctoria lege caſus non expreſſus, non eſt æquè favorabilis, ut caſus expreſſus, tunc extenſio locum non habet. Everhard. *dict. in loco, num.* 26. [b] Tiraquell. *in præfat. tractatus de utroque retract. n.* 68. 74. & *ſeqq.* Item de *retract. lignag. §.* 1. *g.* 14. *n.* 36. & *aliquot ſeqq.* & *num.* 46. qui *num.* 35. tradit quod fraus præſumatur, ſi poſt permutationem pretium apud unum contrahentem non maneat. Quomodo autem fraus probetur vide Chaſſan. *ad conſuetud. Burgund. Rubr.* 10. *§.* 12. *p.* 1360. & *ſeq.* *Item pag.* 1364. & Decian. *dict. Reſponſ.* 59. [a] Tiraquell. *d. Tract. de retract. lignag. §.* 1. *gl.* 14. *nu.* 40. & *ſeq.* Maximè ſi res mobilis illa facilè comparetur, & nulla conſiſtat in ea probabilis affectio, Molin. *ad conſued. Pariſ. tit.* 1. *§.* 13. *gl.* 5. *num.* 49. [d] Tiraquell. *d. tract. de retract. lignag. §.* 30. *gl.* 1. *num.* 2. & *ſeqq.* [c] Tiraquell. *de retract. lignag. d. §.* 1. *gl.* 14. *n.* 19. & *ſeqq.* Sed hic omnibus refragatur, quod jure communi retractus eſt prohibitus *d. l. dudum.* 14. *C. de emption.* & *Vendit.* eleganter Marant. *in ſpecul. advocat.* & *ibi ſubjuncta diſput.* 9. *per tot.* adde Pingizer. *quæſt. jur.* 36.

Neque locus eſt ulli retractui, ſi prædium aliâs retractui ſuppoſitum vel 44
donatione,[a] vel tranſactione,[b] vel diviſione,[c] vel locatione etiam ad longum tempus,[d] vel ceſſione ideo facta, ut ceſſionarius debitum cedentis in prædijs conſiſtens ſolvat,[e] vel ceſſione in emphyteuſin,[f] aut feudum,[g] vel pignoris[h] datione[i] alienatum ſit..[k]

[a] Donatio enim vel in bene meritos exercetur, vel in eos confertur, quos amore & favore proſequimur, *l. Servus libertus.* 9. *ff. ſi quid in fraud. patron. l. ſi. quis ſervum* 8. *§. ſi inter duos* & *ff. de legat.* 2. *l. qui habebat* 101. *ff. de legat.* 3. unde Bald. ad *l. Voluntatis num.* 11. *C. de fideicommiſſis*, dicit, legatum (quod & ipſum donatio eſt) præſumi relictum propter amicitiam. Ut proinde iniquum fuerit in donatione retractum permittere: id quod poſt alios ſentit etiam Chaſſan. *ad conſuetud. Burgund. Rubr.* 10. *§.* 9. *num.* 12. Hartm. Piſtor. *lib.* 2. *quæſt.* 12. & Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 25. *gl.* 2. *num.* 1. Diſs. Dn. Beſold. ad Landrecht. *diſp.* 2. *theſ.* 8. Marant. *diſput.* 9. Quidam donationem remuneratoriam excipiunt. Iohan. Faber. *in l.* 1. *col. ult. Verſ. quod ſi duo. C. de inoffic. donat.* [b] puta ſi pro fundo, quem petebas, prædium certis finibus tranſactionis cauſa acceperis, de qua tranſactione textus *in l. ſi profundo* 33. *C. de tranſactionibus*, Chaſſan. poſt Matth. de Afflict. *d. Rubric.* 9. *pag.* 1349. *num.*

Digitized by Google

num. 15. Sed hunc articulum variè disputat post alios Tiraquell. *d. §. 1. gl. 14. num. 60.* [a] Aut prædia communia inter civem & extraneum ejus socium vel coheredem dividuntur, & certum est, non esse locum retractui; tum quia divisio est quædam rerum permutatio, *l. cum pater 77. §. hereditatem post mortem, ff. de legat. 2.* Sichard. *in l. 1. C. commun. utriusque judic.* Hartm. Pistor. *observ. 138.* Quò facit etiam, quòd ex divisione præscriptis verbis nascitur actio. *l. Si fratres 7. C. communia utriusque judicij, l. si familiæ 14. l. licet, 24. C. famil. erciscund. l. si filia 20. §. si pater. l. hic consequenter 18. §. sed & cum monumentum, ff. d. t.* in qua rerum permutatione retractui locus non est, ut suprà ostensum fuit: tum quia ex divisione socius vel coheres, quod suum est, accipit; quippe cum familiæ erciscundæ & communi dividundo actio etiam in rem sit actio, *§. quædam actiones mistam. Institut. de actionib.* Aut in divisione socio vel coheredi totus aliquis fundus per licitationem adjudicatus est, juxta *l. item Labeo 22. §. 1. ff. famil. erciscund. & l. ad officium 3. C. communi divid.* & neque hoc casu retrahere posse civis debebit; tum quia socius vel coheres fundi illius partem etiam ante divisionem propriam habuit, ut ostendi; tum quia partem socijs vel coheredis, quam ex licitatione & adjudicatione adeptus est, & quasi accrescendi conjunctionis jure meritò retinebit, per text. *in l. communi 7. §. si debitor communis. Vers. Nam etsi partem, ibi. Quia hæc pars beneficio alterius & debitoris accessit, ff. communi divid.* tum quia licitatio & judicatio non fit principaliter in finem alienationis, sed ut socij sive coheredes concordentur invicem. Molin. *ad consuet. Paris. tit. 1. §. 22. nu. 73.* Atque hæc, de divisione sententia approbatur etiam à Chassaneo. *in d. §. 9. pagin. 1350. num. 19. 20. & 21.* Verùm Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 76. & seqq.* hanc de divisione quæstionem in dubio relinquit. Obstare autem nostræ conclusioni videtur, quòd divisio obtinere emptionis vicem dicitur. *in l. 1. C. communia utriusque judicij.* Ubi Sichard. omnino vide. [a] Tum quia locatio, alienatio non est, siquidem locator dominus prædij maneat, *l. efficium 9. Vers. Denique, ff. de rei Vind.* tum quia finito conductionis tempore, prædium omnino *ad locatorem redit.* Unde non immeritò hanc etiam amplectitur sententiam Tiraquell. *d. §. 1. gl. 14. num. 84.* Vivius *decis. 506.* Mastrill. *decis. 4.* [c] Hujusmodi enim cessio obtinet instar permutationis, in qua, ut ostendi, locum non habet retractus. Quòd si autem debitum cedentis in pecunia consistat numerata, retrahere civi licebit, cùm hæc cessio emptionis vim habeat, & nihil referat, cedenti, vel ejus creditoribus pecunia solvatur. Tiraquell. *d. §. 1. gl. 14. num. 115.* [f] Tum quia fundi in emphyteusin dati dominium penes concedentem manet, *l. 1. in fin. ff. Si ager vectigal.* tum quia retractus (ut qui contrarius commune statuto vel consuetudine receptus est, si fundus venditus sit) stricti juris est; proindeque de contractu ad contractum extendi non debet. Tiraquell. *in præf. tr. Tractat. de utroque retractu, num. 60. 61. & 62.* Quibusdam tamen in locis etiam in emphyteutico contractu locus est retractui, ut significat Tiraquell. *de retract. lignag. §. 33. gl. 1.* [g] Tum quia fundi feudalis dominium manet concedentis, *Tit. 8. §. ult. & tit. 23. §. ult. lib. 2. feudor.* tum quia in feudi concessione singularis virtus, fides, & industria vasalli eligitur; ut proinde ei invito per retractum alius obtrudi vasallus haud debeat, *per text. in tit. 12. in fin. lib. eod. feudor.* His argumentis addi etiam potest Arn. Farro. quem citat Tiraquell. *d. tractatu de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 90. in fin.* Dn. D. Besold. *Vol. 3. consil. 137.* [h] Nam pignoris datione dominium rei non alienatur, *l. generaliter 29. in princ. ff. Qui & à quibus manumiss. l. l. 1. §. seq. Qui pignori, ff. de Scto Silan.* Et licet quis emere prohibeatur in aliorum finibus, sive territorio; pignus tamen accipere non prohibetur, *l. in quorum 24. ff. de pig.* Accedit quoque in hanc sententiam authoritas Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 127.* Quidam tamen volunt, in pignore locum esse retractui, si fundus tanti sit pignoratus, ut nulla spes sit reluitionis *per l. Qui habebat 101. in princ. ff. de legat. 3.* [i] *sub Venditionis enim etiam* de his omnibus negotijs idem sentit Molin ad *consuet. Paris. tit. §. 21. num. 57.*

45 Quod si verò prædium retractui subjectum, in solutum sit datum pro

pro pecunia debita, [a] vel datum sit æstimatum in dotem, [b] locus est retractui.

[a] Datio enim prædij pro soluto vicem venditionis obtinet *l. 4. C. de obligationibus.* Ita ut evicto creditori prædio illo, utilis ei adversus debitorem exempto actio competat, *l. de quinter. 24. in princ. ff. de pignerat. action.* Atque hanc sententiam confirmant etiam posteriores alios Molin. *ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 13. gl. 5. num. 47.* Morla *in Empor. jur. part. 1. tit. 9. quæst. 12. num. 2.* Chassan. *in consuetud. Burgund. d. Rubr. 10. §. 9. num. 6. 7. & 8.* & Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 2. & seqq. & maximè num. 7.* Pinel. *ad l. 2. C. de rescind. Vendit. part. 1. cap. 4. num. 8.* Hartman. Pistor. *lib. 2. quæst. 12. num. 16.* Distinguunt quidam inter dationem in solutum a debitore factam, & eam, quæ à Iudice facta est: verum ea distinctio ferenda non est, ut ostendit Molin. *ad consuetud. Paris. dict. tit. 1. §. 13. gl 5. num. 9. vers. amplius septimo & num. 48.* & Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 14. num. 13. & 14.* [b] Nam æstimatio prædij dotalis veram facit venditionem, *l. plerunque 10. §. unde quæri potest vers. Si autem, ff. de jure dot. l. 5. ff. locati, & l. Quotiens 3. C. de jure dot.* Tiraquell. *etiam in d. §. 14. num. 108. post alios eandem hanc sententiam sequitur.* Si tamen demonstrationis tantum gratia æstimatio adjiciatur, & eo fine ut intelligatur quantum datum sit, quantum superfit dandum in pecunia, ipsa æstimatio non facit emptionem *per text. in l. servus 34. ff. famil. ercisc. & l. cum post. 69. §. in dotem. 8. ff. de jure dotium.* Cum verò a principio fuit æstimata res pro dote consignata, in dubio, si aliter non fuit expressum regulariter facit emptionem per gloss. & DD. quos citat Honded. *consule. 14. Vol. 1. part. 2. num. 43.*

Dubitatur & de hac non immeritò quæstione, utrùm locus sit retractui, si prædium retractui obnoxium unà cum alijs sit venditum prædijs 45
einem samenthafften Kauff? Et arbitramur integrum esse ei, cui jus retractus competit, & hoc casu fundum retrahere.

Quod enim attinet territorialem & centualem retractum, non distinguit statutum nostrum VVirtembergicum, separatim, vel cum alijs prædijs fundus redimibilis sit venditus. Quod autem simpliciter dicitur, distinctionem non admittit. *l. 5. in fin. ff. de officio præsidis. l. 1. §. 3. vers. Et est relatum. ff. de aleatorib.* Quod verò cæteros attinet retractus; est illis, locus etiam hoc casu; tum quòd licèt uno pretio plura sint prædia vendita, de singulis tamen empti & venditi agi potest, textus est expressus *in l. Et si uno 33. ff. de act. empt. & vendit.* Sic licèt duæ res separatæ alicui sint cõmodatæ, attamen de altera tantùm agi cõmodati potest. *l. in commodato. 17. §. duabus rebus. ff. commodat.* tum quia cum aliquis res plures in contractu deduxit, in quarũ una tantùm jus aliquot habet, in cæteris non item, tunc eam rem, unam rectè petit, licet cæteris petere non possit. *l. 1. §. sed si mihi Pamphilium. ff. de Verb. oblig.* tum etiam, quia tot sunt contractus, quot res sive corpora separata, quæ in contractum sunt deducta, *d l. 1. §. Sed si mihi servus. d. bonus. 29. in princ. l. quod dicitur. 86. & l. pluribus 140. in princ. ff. d. r. l. Quod dicitur. 32. in princ. ff. de Obligationib.* tum denique, quia, quod venditis pluribus rebus, quarum una Titij est, eam unam & solam Titius jure evincere potest. *l. 1. l. bonus 3. l. Quæsitum. 45. l. si duos servos 47. & l. si fundo 7. radito 53. ff. d. t.* His argumentis adjungendus est quoque textus *in c. constituit, extra de in integrum restitut.* & quæ scribit Tiraquell. *de retract. lignag. §. 23. gl. 2. num. 1. 2. 3. & 6.* & Molin. *ad consuet. Paris. tit. 1. §. 13. num. 55.* Ubi dicit, quod unitas contractus facto & voluntate contrahentium inducta non habeat locum, quòd ad tertium, & non possit præjudicare tertio, qui habet jus distinctum, & actionem distinctam & separatim in unaquaque rerum venditarum. Sed obstare videtur *l. si duos 44. ff. de contrah. empt.* Novo quoque VVirtembergico jure & hoc casu locus est retractui, Fürstl. Würtemb. Neuw Landrecht. *part. 2. tit. 16. pag. 289.* Vide Dn. D. Betold. *d. spec. illustr. VVurtemb. thes. 91.* Afflict. *de jur. prætorii. §. 6. num. 5.* Plebst. *disp. 2. thes. 168.*

Sed quid si emptor omne, quod emit uno pretio, offerat retrahenti, paratus recepto pretio universum, quod emit, ei reddere, num tenetur retra- 47

hens vel omnes illas res retrahere, vel etiam fundum retractui obnoxium cum cæteris rebus venditis emptori relinquere? Retrahentis in arbitrio id positum esse arbitramur.

Cum enim quis retrahere fundum etiam invito emptore possit, ut ostendi, nulla causa est, cur ei hæc adimi debeat potestas ex eo solo, quod emptori illi totum, quod emit, offert, & integrum ab illo vult pretium recipere; quippe cùm beneficium a lege alicui indultum, ei invito auferri non possit, *c. indultum. de reg. jur. in* 6. Nec alteri per alterum iniqua conditio inferri debeat, *l. non debet.* 74. *ff. de reg. l.* Neque sit in potestate alterius, conditionem meam deteriorem facere, *l. 2. ff. Quod vi aut clam.* Atque hanc conclusionem nostram probat etiam Bald. *in tractat. de jur proth. col. pen. nu.* 20. *Vers. sed pone, quod quis:* & ibi etiam Math. de Afflict. *§. 6. in Verb. si reptum est. col.* 2. *nu.* 6. *Vers. Quarto nor.* uti quoque fatetur Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 73, *num.* 9. Qui tamen dissentit ibidem *per l. tutor.* 47. *§. 1. Vers. Responde, catenus rescinde, ff. de minoribus*, ubi Scævola Iurisconsultus scribit, catenus rescindi venditionem fundi communis, quatenus fundus illi pro parte cum adolescente communis est, nisi si emptor a toto contractu velit discedere, quod partem empturus non esset. Sed ille locus est de vendito communi fundo, ut qui cum venditore Titio minori communis est, pro indiviso: Hic agimus de fundo, qui solius venditoris fuit, juri tamen retractus suppositus, suisque regionibus separatus est à cæteris prædijs simul venditis. Est item ille locus de casu, quo rescinditur venditio fundi communis. Per retractum autem venditio non rescinditur, sed salva manente illa venditione accedit ad eam alia venditio, quæ fit invito priori emptore; siquidem etiam invitus ille revendere teneatur fundum retrahenti, in casu *d. l. tutor, §. 1. ff. de minoribus.* licèt emptor à totius simili emptione abire possit, non tamen adolescenti minori suam partem repetenti, venditoris quoque partem obtrudere potest, sed ipse venditor recipere suam partem tenetur, uti arguunt illa verba: quod partem empturus non esset. Adducit quoque Tiraquellus in defensionem opinionis suæ communis *l. 7. §. Si debitore, Vers. Nam ersi partem. ff. communi div.* Ubi talis proponitur casus. Mævius communem cum Titio fundum habens, suam partem vendit Sejo: antequam autem traderet pro sua parte fundum emptori Sejo, coactus fuit à Titio socio suo communi dividundo judicium accipere: quo judicio totus ille fundus Mævio venditori adjudicatus fuit. Jam in quæstionem vocatur, an emptor rorum illum fundum, etiam invitus suscipere teneatur? Et respondet Ictus Ulpian. quòd cogi possit, etiam per venditionem, ut totum fundum recipiat. Sed hoc Ulp. responsum nihil oppugnat nostram conclusionem: quod enim in proposito casu totum recipere fundum necesse habet emptor, in causa est, quia fundus ille, pro indiviso venditoris tempore venditionis fuit: Ut proinde emptori etiam invito adjudicari totus potuisset ille fundus, si ante acceptum illud judicium venditor ei fundum tradidisset, & cum eo judicium hoc acceptum fuisset, *l. Iul. 13. §. Idem Celsus, Vers. Æquum est enim, ff. de actionib. empt. & vend.* Quòd si verò fundus ille certis regionibus inter Mævium & Titium divisus fuisset, certè emptor venditoris tantum partem suscipere tenetur, uti arguit *tex. in d. l. Iul. 13. §. Idem Celsus Vers. Sed si certis regionib. ff. d. t.* Quocirca cùm fundus juri retractus suppositus, distinctus & separatus est cæteris prædijs, cum quibus simul uno pretio vend. est, illum solum retrahere civis sive incola potest.

48 Quod si emptor maximè propter fundum retractus juri subjectum, cætera quoque uno pretio emerit prædia, certè pro bonitate illius fundi, non pro quantitate ejus fieri æstimatio debet.

per l. 1. l. Bonitatis 13. *l. qui fundum* 45. *ff. de Evictionib.*

49 Vocatur in quæstionem & illud, an locus sit retractui, si inter emptorem & venditorem convenerit, ut si quisquam retrahere animum induxerit suum, contractus nullus sit? Et locum non habere retractum hoc casu in-

vitis

vitis contrahentibus, si absque fraudis consilio hoc pactum adpositum fuerit, omninò arbitramur.

Tum quia venditio sub conditione fieri potest, ita ut non existente illa conditione, contractus nullus sit, *§. emptio tam sub conditione. Inst. de empt. & vend. l. Necessarium in princ. Vers. Quod si sub condatione, ff. de periculo & com. rei vendit:* Tum quia nihil propemodum differt hoc pactum a retrovenditionis pacto, quod jure permissum & licitum est, *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.* Tum etiam per textum *in l. si hominem 19. ff. de usurpat. & usucap.* Tum denique authoritate Matthæi de Afflict. *in tractat. De jure Prothomis. §. 6. num. 10. & 13. Vers. Sed si res vendatur,* & Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gl. 2. n. 59. & seqq.* De modis quibus simulatio probetur tradit nonnulla Tiraquell. *de retr. lignag. §. 1. gl. 14. n. 35. & seq.*

Similiter & illud dubio non caret, an locum habeat retractus, si contrahentes post perfectam venditionem, ante traditionem, in præjudicium retrahentis, ab ea rursus recedant? Nobis negativa placet. 50

Sive enim verbi retrahere, sive dictionis (lösen) vim probè expenderis, cognosces indè retractui locum non esse, antequam res emptori fuerit tradita. Qui enim retrahere possis ab emptore fundum, quem nondum accepit? Constat etiam quòd ante traditionem fundus venditus adhuc venditoris sit, non emptoris, *l. Ex empto. n. §. Et in primis. ff. de actionib. empt. & vend. §. per traditionem. Inst. de rer. div. & l. traditionib. 20. C. de pactis.* Huc quoque confert, quod re adhuc integra emptor & venditor mutuo consensu discedere à contractu possunt, *l. ab emptione 58. ff. de pactis.* Ad hæc quod attinet jus nostrum VVirtembergicum, concedit illud jus retrahendi, contra emptorem posteaquam ei fundus est traditus; Landrecht. *pag. 209. in princ. ibi.* Ein Jahr vnd Tag die Lösung darzu haben sol. *Item ibi.* Gleich nach Verfertigung. *Item ibi.* Vnd es der Nutzung halb gehalten werden. Lands-Ordnung. *pag. 38. Tit.* Wie vnsere Flecken *& in princ. ibi.* So sol der Contract gleich nach Verfertigung *&c. Item Vers.* Es sol auch *ibi.* doch mit Abtrag der nutzlichen vnd nothwendigen Bawkosten, so der Käuffer vber den Kauffschilling darauff gebawet hat. *& pag. 30. Vers.* Wo aber. Et quia eodem hoc jure nostro VVirtembergico contrahentes impune resilire possunt, ab emptione & venditione intra dies quatuordecim, uti Illustrissimus Princeps, Dux Ludovicus constituit. Anno 91. *mense Septemb.* certè haud dici potest, quòd statim nudo consensu perfecta venditione retrahentib. jus sit quæsitum. Confirmat eandem hanc conclusionem nostram, quòd Vasallus non sola venditione, sed traditione interveniente feudum amittit, *tit. 52. in princ. Vers. hortatus itaque, ibi, sive ipsorum permissione distrahere, & tit. 55. in princ. Vers. caltdis insuper, ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt, lib. 2. feud.* Quod etiam Interpretes de emphyteusi tradunt, Iul. Clar. *in §. emphyteusis, quæst. 13. n. 3* Denique hæc conclusio nostra probatur autoritate Bald. Perus. *in tractat. de jure Prothomis. n. 19.* Joh. Fabr. *ad §. 1. Inst. de empt. & vendit. &* Chassan. *ad consuetud. Burgund. Rubr. 10. §. 1. in Verb. Vendu, in princ.* Differt. Pegius *de retr. lib. 4. cap. 2.* vid. Tiraquell. *de retract. conjug. §. 1. gl. 10. nu. 112. & de retract. lign. §. 1. gl. 2. n. 43. & 51.* vid Landrecht. *fol. 270. in fin. & 281. in pr.*

Quæritur & illud, an retrahentem, posteaquam retrahere cœpit, oblato scilicet precio, eoque depositò in vitro emptore, pœnitere liceat, nec ne? Tiraquell. id affirmat, [a] & quidem rectè. [b] 51

[a] *Tractat. de retract. lignag. in fin. num. 24. & segq.* qui & pœnitentiam post latam sententiam admittit [b] *per princ. Vers. donec enim aliquid deest, Inst. de empt. & vend. & l. si judex 41. ff. de jurejurando.* Confert Fürstl. Würtemb. Landrecht. *part. 2. tit. 16. fol. 96.* Et ita judicatum in Fürstl. Hoffgericht *in causa appellationis* von Kuttelingen den 3. *Martij Anno* 1613. Sed obstare videtur, quod ea pœnitentia detrimentum adferret emptori, si is fortè pecuniam eam ad alienarum rerum emptionem distinaverit; cùm tamen nemini liceat mutare consilium in alterius detrimentum. *c. quod semel placuit. & c. mutier consilium. de R. I. n. 6.* Quodq; appellanti post interpositam appellationem invito appellato amplius pœnitere non licet, Gail. 1. *observ. pract.*

pract. obs. 122. nu. 3. & seq. Mynsi. *cent. 1. obs. 5.* Quod denique nemo potest dilationi à se petitæ in præjudicium adversarij renunciare, Cyn. & Bart. *ad l. peremptorie C. de temporib. in integ. restit.* Bald. *ad l. si arrogator, in fin. de adopt.* Plures rationes contrariæ opinioni auxiliantes vide apud Tyraquell. *dict. loc. num. 29. 30. & 31.*

52 Est & illa frequens & pulchra quæstio, an, licet is, cui jus retrahendi competit, non retraxerit, primò revendita, retrahendi tamen potestatem habeat, si emptor ille primus postea alij rem vendiderit; Et veritati propior affirmantium [a] sententia nobis putatur.

[a] Ut sunt Chassan. *ad consuetud. Burgund. rub. 1. §. 10. Verb. ancien, Seiss. fol. quæst. 1321. &* §. 10. *Verb. un praendier de ligne, n. 3. &* §. 11. *Verb. ou de tenement, n. 1357.* Boer. *dec. 56. n. 6. & seq. dec. 78. dec. 182. n. 12.* Tiraq. *de retract. lignag.* §. 1. *gl. 9. n. 44. & n. 120. &* §. 12. *gl. 1. &* 2. Molin. *ad consuetud. Paris. tit. 1.* §. 13. *gl. 1. n. 43. &* §. 9. *&* §. 22. *n. 148.* Gail. *lib. 2. obs.* §. 16. *n. 4.*

53 Elegans quoque, & utilis hæc est quæstio, an retrahere possit ille, qui venditori offerenti primùm ei venditionem prædij, quod retractui obnoxium est, respondendo dicat, quod emere nolit, jubeatque ut alij, cui volet, vendat? Et nostrum addimus calculum illis, qui affirmativæ adhærent.

[a] Ut sunt, quos allegando sequimur, Tiraq. *de retract. lignag.* §. 1. *gl. 8. nu. 145. cum aliquot præced. n. &* §. 7. Molin. *ad consuetud. Paris. tit. 1.* §. 13. *gl. 1. nu. 6. & seq. &* Ioh. Richard. *cons. 24. n. 8. 9. &* 10. *part. 2.* Hæssl. Württ. New Landrecht. *p. 2. tit. 16. fol. 296.* §. als sich auch atq; ita judicatum am Fürstl. Hoffgericht *in causa Appell.* von Stutgart den 14. Novemb. *An.* 1616. adde Menoch. *de arbitr. judic. quæst. cas. 496. n. 63.* Tylman *Synagma decis. 1. Sor. 1. nu. 25.* Gilman. *Symphoremat. fori Pistor. tom. 1. part. 2. Sor. 7. nu. 25. 111. 8.*

54 Est & hæc celebris quæstio, de qua in suprema Curia Ducatus hujus Wirtembergici in causa quadam appellationis disputatum scimus, an is, qui interfuit contractui, quo venditum est prædium retractui subjectum, ad retrahendum prædium illud, admitti debeat? Subscribendum autem illorum sententiæ, qui id affirmant, planè putamus.

Per text. in Gajus. 39. ff. de pignerat. act. l. sient 8. §. *non videtur. ff. Quæ mod. pign. vel hypoth. solvatur. & in l. cum quidam 26. C. de administrat. & peric. tutor. & in* §. *si tutor. Instit. de satisdat. tutor.* Molin. *ad consuetud. Paris. tit. 1.* §. 12. *gl. 1. nu. 9. 10. &* 11. *pag. 253.* Tiraq. *de retract. lignag.* §. 1. *gl. 9. nu. 148. & cum aliquot seqq.* Decian. *Respons. 103. nu. 7.* Ut si cubiti, quod qui præsens est, non tanquam consanguineus, sed tanquam extraneus, non possit, sibi præjudicare juvesibi competenti ex alio capite, scilicet ratione consanguinitatis: *per d. l. sicut 8.* §. *non videtur. ff. quib. mod. &* pign. *vel hypoth. fol. &* addit ibi, quod licet textus in allegato §. loquatur in jure quæsito, tamen a fortiori idem dicendum esse in jure quærendo ex alia causa, vel quod de præsenti quæritur, per gl. in l. si substituto, in princ. ff. de legat. 1. & Bart. *in l. sunt qui ita commissum, col. 2. vers. si commisit. ff. d. t. & in l. quæ de ea, 3. vers. Procedo ulterius ff. sol. matrim.*

55 Crebrò & hanc agitatam fuisse quæstionem non ignoramus, an is, qui ob inopiam sibi retrahere ipse nequit, in commodum certi alicujus jus retrahendi habeat? Inclinamus autem in eorum, ut veriorem, sententiam, qui id negandum existimant. Nisi conventionalis sit retractus. [b]

[b] Ut sunt Guid. Pap. *in Decis. Gratianopol. quæst. 411.* Marsil. *singul. 64.* Menoch. *arbitr. jud. quæst. cas. 496. num. 63.* Matth. de Afflict. *in Tract. de jure Prothomis.* §. 1. *num. 43. &* §. 2. *num. 22.* Bald. Perus. *eodem tract. num. 5.* Paul. *cons. consil. 82. nu. 12. &* 26. *Vol. 3.* Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 1. *gl. 1.* Andr. Gail. *lib. 2. obs. &* pract. *obs.* §. 19. *num. 10.* confer. Novell. 55. *cap. 1. l. si minor 59. §. & ex asse. ff. de jure dot. l. 5.* §. 1. *&* §. *Item si quis. ff. de legat. præst. & l. ex pin-*

ex eluvione 42. ff. de administ. & peric. tutor. [b] Tyraq. *de retract. lign. §. 26. gl. 3.* Hinc si Emptor forte sentiat fraudem vel dolum immisceri, retrahens jus ac cognitio proprio nomine retrahere, non alieno Landrecht. *d. tit. 16. §.* Ob jemand einem andern. facile autem fraus detegitur, si retrahens statim alii fundum divendat. *l. si Centri. 24. §. fin. ff. de jurisdict. creditor. c. officiis extr. de electionib.* Cautela igitur notatur: ut Emptores sibi consulant, si protestentur de fraude postea emersura, sibi jus salvum & incolume fore. *argum. d. l. si debitor. §. 1. ff. quib. modis pignus. l. si tamen. §. cum vendibitorio. ff. d. addict. edict.* Inque alteri hoc jus cedi nequit. *arg. l. si quidem. 59. §. 1. ff. de jur. dot. l. 3. §. 1. & §. item si quis 4. ff. de l. vect. praest. mod. Nov. 55. cap. 1.* Matth. de Afflict. *d. jure protom. §. 1. nu. 43. & §. 2. num. 22.* Patil. *dict. cons. 82. num. 12. & 26. Col. 3.* Coras. *miscell. lib. 3. cap. 3. num. 7.* Zabarell. *cons. 87. & cons. 104.* An autem retractus alicui jure consanguinitatis competens, an in extraneum, qui non est ejusdem familiæ transferri quæar. vide Pingizer. *quæstion. jur. 30.* vide Fachin. *lib. 2. controvers. 11.* Modestin. Pistor. *lib. 3. quæstion. 109.*

Restat ut videamus, quæ sint solennia requisita retractus. Primum retractus requisitum est, ut fiat intra justum tempus, quod est annus & dies; non modò in retractu territoriali [a] jure nostro VVirtembergico, sed & eodem jure ex novo Illustriss. Principis placito [b] in retractu censuali & conventionali: Item in retractu gentilitio communi jure. [c] In casu autem, quo jure VVirtembergico res mobiles à superstite conjuge venditas defuncti aut defunctæ conjugis cognati retrahere possunt dies quatuordecim. [d] 56

[a] Fürsteuth. Württemb. Landrecht. *d. part. 2. tit. 19. fol. 292. & 293.* Fürst. Württemb. Landtsordnung / *pag. 38.* Cur dies Anno sit adjectus vide Heigium. *l. 1. quæstion. jur. 16. nu. 22. & seqq.* [b] *Publicato anno 91. mense Maio, & præcedenti anno 90. mense Novembr. Iudices & Assessores hujus supremæ curiæ exhibite.* Neu Landrecht. *dict. tit. 16. pag. 293. §.* Wir wöllen vnnd ordnen. Quod autem tempus retractui expacto retrovenditionis competenti præfinitum sit. vide *Christin. 2. Decis. tit. 3. theſin 30. cum fundamentis. pag. 144. &* Tiraquell. *de retract. conſuet. §. 1. gloſſ. 2.* [c] *constituens, ibi, & intra annum & diem a tempore contractus extra de integr. restitut.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gloſſ. 16. nu. 1. & seqq.* Andr. Gail. *lib. 2. obſervat. pract. observat. 109. num. 10 11. 12. & 13.* Tuschus *tom. 4. pract. concluſ. lit. I. concluſ. 583. nu. 18.* Berlich. *part. 2. concluſ. 84. nu. 5. & seq. ubi citant* Paul Christin. *Vol. 2. deciſ. 281.* Fürsteuth. Württemberg Landrecht / *pag. 328. Vorſ.* Dem vberbliebenen.

Iure feudali proximis cognatis ad retrahendum feudum à Vasallo venditum datum est tempus anni unius. 57

tit. 26. §. Item, lib. 2. feud. Mastrill. *decis. 8. per tot.*

Quamvis verò quibusdam in locis Ducatus hujus VVirtembergici ex consuetudine tempus retractus receptum fuerit, decem dierum, attamen novo Principis placito [a] consuetudo ea rectè explosa fuit. 58

[a] *Exhibito supremæ curiæ, anno 90. mense Novemb.*

Currit autem tempus illud retractus territorialis, jure VVirtembergico, ex eo die, quo publicatio contractus per præconem facta fuit: [a] aliorum autem retractuum tempus, ex quo retrahens scivit, alienatum esse fundum retractui obnoxium; [b] de qua scientiâ ut facilius constet, rectè fecerit emptor, si testato denunciarit retrahenti emptum à se ejusmodi prædium fuisse. [c] 59

[a] Fürsteuth. Württemberg Landrecht / *d. pag. 209. item* Fürst. Württemb. Landtsordnung / *dict. pag. 209.* Schæffer. *lib. 3. quæst. 20. num. 15. & seqq.* [b] Non solùm jure communi ut quotidianum tempus anni non currit. *l. semper. 15. §. Annus 4. junctus §§. seqq. ff. quod ca-*

cut el.cxx. l. ninus. 6. in fin. ff. de calumniatoribus l. Gener. 3. ff. De his qui notat. infam. l. 2. ff. Quis ordo in bonorum possess. serv. Chassæ *ad consuetud. Burgund. rubr.* 10. *§. 5. num. 5. Vers. Contrarium tamen, pag.* 1340. *Hartman. Pistoris lib. 2. quæst. juris quæst.* 12. *num.* 26. Sed & feudorum jure, *per text. in tit. 9. §. Porrò, ibi, vel annale silentio, ex quo scierit, & text. in tit.* 26. *§. Item filius. ibi, ex quo scivit. lib. 2. feud.* Item jure Canonico uti arguit *textus. c. Consuetudo. 8. ibi, intra annum & diem a tempore contractus. junctis verbis præcedentibus. illis, sicut ea contractus consentire, extra. de in integr. restitut.* Sed etiam jure nostro VVirtembergico, ut quod tempus retractus currere vult a die, quo contractus publicè per proclamatorem divulgatus fuerit. Vnde cognoscimus, exigere etiam jus illud, ut notitiam habuerit retrahens facti contractus. Sunt tamen, qui volunt tempus illud currere etiam ignoranti. Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 35. *gloss.* 1. *num.* 45. *& seqq.* & Iohan. Eichard. *consil.* 33. *num.* 10. *part.* 2. dicit Chassan. *ad consuetud. Burgund. rubr.* 10. *§. 5. num.* 5. *d. pag.* 1340. quod hæc veritas sit in practica. de hoc omnino videndus Petr. Augustin. *Merlin. in Empor. Inv. Civil. part.* 1. *tit.* 9. *quæstion.* 13. Dn. D. Besold. *disput.* 2. *thes.* 105. Item Andr. Gail. *lib.* 2. *observ.* 19. *num.* 17. & 18. post Boerium tradit, quod communis sit opinio, tempus hoc currere à die traditionis rei venditæ etiam ignoranti, sed ex causa ignorantiæ in integrum restitui posse retrahentem. Tyraq. tamen etiam restitutione excludere videtur. *§.* 35. *gl.* 4. *num.* 45. vid. Fachin. *lib.* 1. *controvers.* 69. Idque statuta & consuetudines quorundam locorum exigunt, ut videre est apud Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 36. *gl.* 2. *num.* 29. Molin. *ad consuetud. Paris. tit.* 1. *§.* 33. *gl.* 11. *num.* 5. & 6. *Quid si quis scivit rem retractus supposita esse alienata, precium ejus ignoravit.* vid. Berlich. *tom.* 2. *pract. conclus.* 40. *nu.* 21. Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 25. *gl.* 4. *nu.* 34.

60 Est & illud hîc notandum, quòd is, qui intra mensem computandum ex eo die, quo currere incipit retractus tempus, jure retractus utitur, fructus ejus anni percipit.

Fürstl. Würtemberg Landrecht/ *tit.* Wie unsere Flecken / der Güter halben / in ihren Marckungen ligend / zu einander die Losung haben / *Vers.* Es soll auch der / *pag.* 28. & *pag. seq.* An autem majori concedatur restitutio propter ignorantiam. vide Dn. D. Besold. *dict. disput. & thes.* 106.

61 Secundum retractus requisitum est, ut retrahens justum precium, & integrum, cum sumptibus & impensis tempore contractus factis (quibus etiam sumptus vini, vulgariter, den Weinkauff/ adjicimus) emptori offerat [a] realiter. [b]

[a] *l. Julianus.* 13. *§. offerri. de actionibus empt. & vend. l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vend. Vid. infr. hac part. disp. pen. thes.* 56. Molin. *ad consuetud. Paris. tit.* 1. *§. gloss.* 5. *num.* 39. & 42. *gloss.* 9. Gail. *lib.* 2. *observ.* 19. *num.* 8. & 9. Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 1. *gl.* 17. & 18. *in princ. & §.* 9. *ol. ultim. num.* 9. & *tract. de retract. conv. §.* 4. *gl.* 6. *in princ.* Mastil. *sing.* 479. Paul Christin. *vol.* 1. *decis.* 281. [b] *d. l. Julianus.* 13. *§. offerri. ff. de act. empt. & vend. d. l.* 2. *ibi, post oblatam ei quantitatem, Cod. de pact. inter empt. & vend. l. servus.* 24. *§. ultim. ibi. intra domum si obsulit eam quantitatem, de stat. lib.* 1. 2. *C. de jure emphyt. l. sæpius* 46. *ibi, cogetur implere. Gewaltnissem ff. de act. empt. & vend. l. cumensum.* 7. *in fin. ff. de novat. & l. contra* 6. *ff. ad Senatusconsultum Macedon.* Quibus ex locis omnibus intelligitur, non sufficere verbalem oblationem, sed quòd ad manum actor præsentem pecuniam habere debeat; id quod volunt etiam Bart. *in l. prætor ait.* 29. *§. si quis pecuniæ ff. de operis novi nunciat. &* Tiraquell. *de retract. lignag. §.* 1. *gl.* 17. *num.* 3. & *gl.* 19. *num.* 6. & *§.* 3. *gl.* 3. *num.* 1. tum etiam Everhard. *consil.* 166. *num.* 1. Dn. D. Besold. *disp.* 2. *thes.* 172. Atque ita in gravi quadam causa, me Assessore, fensse supremam Curiam VVirtemberg. memini. Sed obstare videtur *l. a. constituere. ibi, dum examen, ibi, quod efferunt, duxerint, faciendum, Ext. de in integr. restit.* Et scribit etiam Petr. Anchor. teste Tiraquell. *in d. §.* 1. *gl.* 17. *nu.* 8. sufficere agentem ad retractum dicere se paratum solvere precium.

Et hoc

Et licèt precium justo maius sit, integrum tamen offerendum est 62

per l. pen. & ultim. C. de locat. prad. civil. lib. 11. & Pulc. C. de jure emphyt. Tyraquel. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 18. num. 1. & num. 4. & seqq.* Iohan. Kopen. *decis. 52. num. 18. & seq.* Rosenthal. *de Feud. cap. 9. conclus. 90. num. 31.* Berlich. *part. 2. conclus. 41. num. 5. & seqq.* Dn. D. Besold. *d. diss. 2. thes. 116.* Fürstl. Württemb. Landtsordnung / *pag. 38. tit.* Wie vnsere Zlecken / &c. *ibi.* In diesem Kauffgelt.

Præter precium & impensas tempore contractus factas tenetur retrahens emptori offerre etiam necessarias & utiles impensas, quas ille prædium ipsum absq; fraude fecit: quippe cum & has reddere ei, ut bonæ fidei possessori, teneatur, [a] etiam jure VVirtembergico. [b] 63

[a] *per l. Imperator. 16. ff. de in diem. ad dict. l. colonus. 61. ff. locat. l. in hoc judicium 48. §. 1. ff. commun. divid. um. l. sumptus. 48. ff. de rei vindic. et. l. si in area. 33. ff. de condict. indeb. l. Paulus 14. ff. de except. dol. l. si autem. 27. §. fin. ff. de rei vindicat. l. si quis scient. 11. C. d. t.* Tiraquell. *de retract. conuent. §. 7. gl. 1. num. 1. & 3.* Gail. 2. *observat. 19. num. 9.* At obstare videtur *l. si servos 15. ff. de pignerat. act. & l. utilium 8. ff. de impensis in res dotal. factis.* Sed dixi, absque fraude: Quod si enim in fraudem retrahentis factæ sint impensæ nimis magnæ, eas offerri necesse non est. Tiraquell. *de retract. conuent. §. 7. gloss. num. 5.* & Chassan. *ad consuetud. Burgund. rubr. 10. §. 1. in verb. les frais raisonnables numer. 2. & 3.* Boer. *decis. 470.* Francisc. Ming. *ad consuetud. Andegavenses, tit. de retract. lignag. artic. 378. num. 1.* Iohann. Gars. *in tract. de meliorat. cap. 6. num. 8. & cap. 18.* Berlich. *part. 2. conclus. 41. num. 31. & seqq.* Et ne retrahenti reddatur per impensas difficilior retractus, cautio est, ut denunciet emptori, ne sumptus in prædium emptum faciat, Andr. Gail. 2. *observat. 19. numer. 10.* [b] Fürstl. Württemberg Landtsordnung / *pag. 38. vers.* Es soll auch. *& pag. seq. in prine.* Sed adversari videtur Fürstenth. Württemb. Landrecht / *pag. 165. tit.* In was zeit / &c. Nummos falsos, injusti ponderis, reprobos & non usuales deponens nihil agit. vid. Tyraquell. *de retract. consanguin. §. 1. gl. 20. num. 15.* Ita oblatos Emptorillos recipere non cogitur, quia omnino indemnis servandus est. Hinc *deponens incumbit probare pecuniam probam esse quam deposuit.* Dn. D. Besold. *in sap. allegat. disput. 2. ad statut. Wurtemb. thes. 112.*

Sed an retrahens eodem numorum genere, vel alia moneta retrahere possit quæstionis est? Et usitata ac proba pecunia etiam alterius moneræ, modò ea nimis parva non fuerit, retractum fieri posse arbitramur: nisi inter venditorem & emptorem, bona fide, absque præjudicio retrahentis, convenerit, ut in certa moneta precium solveretur, ac juxta pactum illud solutio facta fuerit. 64

Per constitut. Ferdinandi Imperat. promulgata. *Augusti. an. 1559. quæ extat.* in den Reichs Abschieden / *pag. 231. fine. 2. §.* die jetztgemelte. Et quæ scribit Matth. Coler. *in tract. de proces. executiv. part. 1. cap. 10. nu. 7. & seq. pag. 282.* Molin. *ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 13. gl. 8. num. 2.* Mans. *tit. de locat. nu. 11.* Sichard. *ad l. usuræ 8. nu. 7. C. de solut.* Cujac. *in Novell. 4. c. 2.* Francisc. Vivius *lib. 2. com. opin. op. 188.* Sed obstare videtur *l. debitorem 90. ff. de solut.* vid. Donell. *ad l. 3. nu. 9. & 10. ff. de reb. cred.*

Et licèt quis pecunia mutuò accepta retrahere velit, admitti tamen debet. 65

Tum quod & mutua pecunia ejus est, qui eam mutuam accepit, *l. 2. §. appellata est. ff. de reb. cred. & §. 3. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Tum etiam quia & pecunia mutuâ solutio debiti fieri potest. *l. si filiusfamil. 14. ff. de reb. cred.* Atque ita tenuit etiam Iod. Damhaud. *in prax. civil. c. 265. num. 15.*

Quòd si retrahens verum, quod sit, precium, & quæ impensæ factæ fuerint, 66

rint, ignoret, eo casu particularis oblatio cum protestatione de reliquo etiam solvendo sufficit.

Per text. *in l. statu liber. 5. & in l. seruus §. 34. §. Imperator, in fin. ff. de statu liber.* Landr. §. von oblation. Verf. Und da der löser *fol. 295. part. 2. tit. 16.* Alex. *Consil. 24. nu. 9. Vol. 4.* Honed. *Vol. 1. consil. 19. nu. 7.* Boer. *decis. 112. nu. 2. in fin.* Tiraq. *de retract. lignag. §. 1. gl. 19. nu. 2. & seqq.* Geil. *lib. 2. obser. 19. num. 8.* Francisc. Mingon. *ad consuetud. Andeg. & Cenom. tit. de retract. lignag. artic. 373. nu. 1. & seqq.*

67 Est & illud hic notandum, quòd si emptio facta sit hac lege, ut precium diversis solvatur vicibus, & retrahens homo sit exiguæ fidei, poscere ab eo, solutionis nomine, satisdationem emptor potest.

Molin. *ad consuetud. Parisiens. t. §. 18. gl. 8. num. 6. & 7.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gl. 18. nu. 41. & seqq.* Mudæus *ad l. omnes ex alienum. nu. 7. ff. profocio.* Dn. D. Besold. *disput. 2. ad Stat. Wurtzem. thes. 115.* Hartm. Pistor. *obser. 17.*

68 Quòd si emptor oblatum precium cum sumptibus & impensis accipere recuset, solenne retractûs requisitum est, ut pecunia obsignata ritè deponatur, [a] & non alium in usum repetatur. [b]

[a] *l. obsignatione 9. C. de solut. l. 3. ff. d. t.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 7. gl. 3. nu. 1. §. 9. gl. 3. num. 3. & de retract. conuent. §. 1. gloss. 6. num. 1. 2. 3. & 4.* Obsignationis requisita vide apud Gilhausen. *in arbor Crim. fol. m. 213. num. 89.* latè & omnium elegantissimè Zanger *de except. part. 3. cap. 2. per tot.* [b] Newlandrecht. *part. 2. tit. 16. rubr.* von *oblation. &c.* Alium in usum non dicitur repetita pecunia, quando repetita fuit, & alia melior deposita, idque intra Annum & diem factum fuit. Sichard. *ad l. obsignatione. num. 11. C. de solut. per l. 11. Cod. quæ potior. in pign. hab.* Et post depositionem recuperans pecuniam, videtur reluctioni renunciare. *l. debitor. ff. de distr. l. si priusquam. Cod. de distr. pign.* Tyraquell. *de retract. consanguinit. §. 7. gl. 2. num. 4.* Quia actus recuperationis tollit actum depositionis. *argum. l. 20. ff. de pœn. temer. l. 6. & seq. ff. de commiss.*

69 Postremò ad retractum requiritur etiam, ut actio retractûs intra legitimum retractûs tempus (de quo suprà) contra emptorem proponatur, & de ea judicium accipiatur.

Per l. 1. §. ultim. & l. 3. ff. de feriis. Chassan. *ad consuetud. Burgund. §. 10. §. 1. in verb. deduits le an & jour. numer. 3. Verf. Item animadverte, & ibi in additione, pag. 1328. & seqq.* Tiraquell. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 10. numer. 75. & seq.* Francisc. Mingon. *ad consuetud. Andeg. & Cenom. tit. de retract. lignag. articul. 250. num. 3. & artic. 415. & Wesenb. 72. num. 68. 73.* Plebst. *disput. 2. ad Ius Wurtzemb. thes. 177.*

CLASS.

CLAS. III. DISPUTAT. XXIII.

DE EXERCITORIA, INSTITORIA, & Tributoria Actione.

THESIS I.

IN societatem quasi contractuum admittimus & exercitionem navis, unde exercitoria actio: tum etiam Institoris negociationi alicui præpositionem, unde institoria actio: & negotiationem filiifam. vel servi in merce peculiari, unde tributoria actio.

Vide suprà *Thesin 4. Disputat. 1. huius Classis 3.*

Exercitio navis [a] est quasi contractus, [b] quo exercitor navis obligatur ex magistri navis contractu, [c] ejus rei nomine, cujus ipse magister navi præpositus est, [d] inito. 2

[a] Exercitio navis dicitur in *l. 1. §. licet autem, & l. si tamen. 4. in prin. ff. de exercitor. action.* [b] Tũ quia actio exercitoria est in personam; siquidem sit ex obligatione *l. 1. §. si plures sint, & §. penult. ff. de exercitoria act.* Ex ipsius tamen exercitoris propria conventione, sive contractu non est, sed sola juris potestate, id est, edicto Prætoris constituitur, *d. l. 1. in princ. & d. §. pen. ubi, propter honorariam obligationem, l. si eum 5. §. 1. ff. d. t. & §. eadem ratione. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potest. est neg. gest. esse dic.* Unde Castrensis *ad l 1. §. Exercitorem, nu. 2. ff. de exercitor. action.* hanc appellat actionem dativam, quòd non nascatur ex contractu exercitoris, sed ex prætoris edicto detur: tum quia exercitor navis licèt ex delicto ejus, qui navis navigandæ causa in nave est, obligetur, *d. l 1. §. 2. ff. eodem tit.* non tamen ex vero & proprio, sed quasi delicto tenetur, *§. Item exercitor n. 3. Inst. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. l. ultim. ff. Nauta, Caupon. & stabular. l. si quis absentis. 5. §. ultim. ff. de oblig. & actionib.* [c] *d. l. 1. §. 2. & tot. tit. ff. de exercitor. act. dict. §. eadem ratione. Vers. exercitoria, Inst. Quod cum eo, qui in alien. potest. est, neg. gest. esse dic.* [d] *d. l. 1. §. non autem, & §§. seqq. & l. ult. ff. de exercitor. act.*

In hoc autem quasi contractu spectamus, tum exercitorem ipsum, & magistrum navis: tum etiam ipsum magistri navis contractum, cujus nomine exercitor navis tenetur; tum denique actionem, quæ ex hoc quasi contractu in exercitorem navis datur. 3

Exercitorem navis eum dicimus, ad quem obvẽtiones & reditus omnes navis perveniunt, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum. 4

§. Eadem ratione. Vers. ideò autem Inst. Quod cum eo, qui in alien. potest. & l. 1. exercitorem autem, ff. de exercitor. act. Per aversionem conducere, est conducere in universũ una mercede, non inspecta aut explorata rei quantitate, Cujac. *lib. 8. observat. cap. 15. & in notis ad Instit. tit. empt. & vendit. in fin.* Duaren. *ad tit. de exercitor. act. cap. 2. pag. 1297. col.* Wesenb. *ad Schneidewin. tit. Quod cum eo qui in alienat. potest est neg. gest. esse dic. §. eadem, nu. 2.*

Parvi autem refert qui exercet, masculus sit, an mulier: paterfam. an filiusfam. liber an servus. Quinetiam pupillus autoritate tutoris exercere navim potest. 5

d. l. 1. §. Parvi autem refert, ff. de exercitor. act. De muliere est quoque textus *in l. 4. C. de institor. & exercitor. act.*

6 Et non solùm unus, sed & plures sæpenumerò navim exercent.

d.l.1.in fin.& l.4.ff.de exercitor.action.

7 Exercitor autem sive marinam exerceat navem, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno, nihil interest; ut nec si Schedia sit navis, quam exercet.

d.l.1.§.navem accipere.ff.hoc tit. Schedia, ut Festus & Budæus volunt, est genus navigii inconditum, id est, trabibus tantùm inter se nexis factum, nostri vocant Flossen/ Wesenbec. *in supplemento ad Schneid.tit. Quod cum eo,qui alien.potest.§.eadem. nu.7.*

8 Magister navis est, cui totius navis cura mandata est: [a] qui licet liber sit, an servus, proprius exercitoris, an alienus, minor, an major 25. annis; [b] paterfamiliâs an filiusfamiliâs, [c] nihil refert: Quin si plures navim exerceant, unum de numero suo magistrum facere possunt, qui ejus nomine in solidum convenitur. [d]

[a] *d.l.1.§.magistrum navis.ff.eodem t.* Cujac. *in tract.ad African.8.ad.l.fin.ff.h.t.* Arnold ab Haersolte. *in adversf.de action.part.3.action.20.num.4.* [b] *d.l.§. cuius autem conditionis.ff.hoc t.* [c] *l.si cum 5.in princ.ff.d.t.* [d] *l.1.§.fin.& d.l.4.§.1.ff.eodem.*

9 Nec refert quicquam, exercitor præposuerit navi magistrum, vel ipse magister ab exercitore præpositus, eum navi, non tamen vetante exercitore, præposuerit. Utilitatis enim causa exercitor omnia facta magistri præstare debet.

d.l.1.§.magistrum autem accipimus.ff.de exercitor.act.

10 Quod porrò attinet contractum magistri navis, cujus contractus nomine exercitor navis tenetur, certè is ejusmodi esse debet, ut ad eam rem pertineat, cui præpositus est magister; ut si onus vehendum conduxerit, si emerit armamenta navi necessaria, veluti vela, rudentes, cilicia, arborem, & his similia: vel si nautarum, vel remigum operas conduxerit, vel si mutuatus sit pecuniam ad alendos nautas, aut armandam, instruendam, picandam, reficiendam navem.

d.l.1.§.Non autem ex omni causa, & §§.seqq.ff.eodem tit.

11 Quòd si magister navis pecuniam mutuatus non cavit, se accipere in refectionem navis, certè exercitor navis creditori ejus mutuæ pecuniæ nomine non tenetur.

d.l.1.§.unde quærit O filius.ff.de exercit.act.

12 Sin caverit quidem Magister in navis refectionem accipere se mutuam pecuniam, non autem impenderit in navis refectionem, sed suos in usus converterit eam, tenetur hactenus creditori, si revera navis indiguerit refectione, & hoc certò indagârit, aut scierit creditor.

d.l.1.§.unde quærit O filius.l.ult.in prin.ff.d.t. Debet ergo creditor diligens esse, & curiosus, ac inquirere, antequam numeret pecuniam, an navis indigeat refectione, atq; ita credere, siquidem velit sibi cum exercitore esse actionem in solidum, Cujac. *in tr. ad African.8. in explicat.d.l.ult.ff.h.t.pag.449.in fin.& pag.seq.*

13 Quòd si creditor majorem magistro crediderit pecuniam, quàm ad navis refectionem necessaria fuerit, in solidum exercitorem obligatum non habet, sed in id tantum, quod revera necesse fuit impendi in refectionem navis: [a] nisi magister deceperit creditorem, & persuaserit, opus sibi esse in refectionem omni illa pecunia. [b]

[a] *d.l.*

[a] *d.l.ult. in fine principij, h.t.* [b] *d.l.1. §. sed etsi in pretiis. ff. eod. tit.* Cujacius *ad Africanum, tract. 8. pag. 450. in explicat. d.l. ult. ff. h.t.*

Non solùm autem qui in refectionem navis pecuniam magistro navis credit, sed omnis, qui contrahit cum eo, diligentiam aliquam ea in re præstare debet, & dispicere, num in causam navis magister contrahat: unde etiam magistro mutuam pecuniam petente ad emendum aliquid in causam navis, putà velum videbit, an eo in loco id comparari possit, nec ne. 14

d.l. ultim. §. 1. ff. eodem tit.

Sed ne exercitor ex omni contractu magistri teneatur, certam ipsâ præpositione contrahentibus legem dare potest; veluti, ut magister tantùm vecturas exigat, vel ad hoc tantùm, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem præstet, aut contrà: Vel ut certis mercibus eam locet, putà legumini, cannebæ, cùm aliquæ naves ad alia onera sint inhabiles; Item, ut certa regione, & certo mari negotietur, cùm quædam naves fluvij sint capaces, ad mare non sufficientes. Quòd si præpositionis modum & legem egressus fuerit magister, non obligatur exercitor. 15

d.l. 1. §. igitur præpositio. ff. de exercitor. act.

Vnde etiamsi plures magistros divisis officiis navi præposuerit exercitor; putà unum locando navem, alterum exigendo vecturas, pro cujusque tantùm officio obligabitur exercitor. 16

d.l. 1. §. si plures sint magistri, ff. d. tit.

Sed & si sic plures præposuit, ut plerunque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, sibi imputabit. 17

d.l. 1. §. sed etsi sic præpositi, ff. eodem tit.

Restat actio, quæ ex hoc quasi contractu nascitur; ut est exercitoria actio, ab exercitore, [a] ob sermonis commoditatem [b] ita dicta: eaq; honoraria est, non civilis; [c] & quidem perpetua. [d] 18

[a] *d. §. eadem ratione, Inst. quod cum eo, qui in aliena potestat. & tot. tit. ff. de exercitor. act.* [b] Donell. *lib. 15. comment. cap. 48. pag. 580.* & Cujac. *in lib. 29. Pauli ad edictum, pag. 63.* [c] *l. 1. §. pen. l. 5. §. 1. ff. h.t.* [d] *l. 4. in fin. ff. eod.* de hac actione tractat Paul. Christinæus *vol. 2. decis. 183.* & *seq.* Schneidewv. *ad §. quædam actiones. de action.*

Competit autem hæc actio omnibus, qui cum magistro navis ejus rei causa, cui præpositus est, contraxerunt, adversus exercitorem navis, [a] ejusque patrem vel dominum, etiam in solidum, si filiusfamiliâs vel servus voluntate patris vel domini exerceat. [b] 19

[a] *l. 1. in princ. §. non autem, & tot. tit ff. de exercitor. act.* [b] *d.l. 1. §. licèt autem detur, ff. eodem tit.* vide Duaren. *ad eundem tit. c. 19. 2. pag. 1297.* Oldendorp. *class. 4. action. 4.*

Quòd si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest, [a] ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno tantùm contraxit. [b]. Qui tamen exercitor solidum præstitit, societatis, [c] vel communi dividundo [d] judicio, à cæteris exercitoribus sociis suis id consequi potest. 20

[a] *d.l. 1. §. ult. & l. 3. ff. d.t.* [b] *l. 2. ff. eod. in tit. & l. & ancillarum 27. §. ult. ff. de peculio.* Cujac. *in lib. 29. Pauli ad edictũ, pag. 63.* [c] *d.l. 3. ff. de exercitor. act.* [d] *l. habebat 13. §. ult. ff. de institor. act.*

Digitized by Google

21 Et licèt magister navis servus sit, vel proprius creditoris, vel ei cum exercitore communis, attamen in exercitorem hæc actio creditori competit: qui tamen exercitor vicissim ex locato conducto cum servi domino experiri potest, quòd operas servi conduxerit.

l. si cum. 5. in pr. ff. de exercitor. act. quod principium legis explicatu perdifficile esse scribit Cujac. *in lib. 29. Pauli ad edictum, pag. 64. col. 2.*

22 Datur autem hæc actio etiam heredibus, & in heredes.

l. 4. §. ultim. h. t.

23 Quia verò hæc actio transfertur, sed adjicitur, nihil obstat, quò minus adversus ipsum magistrum navis experiri possit ei editor ex contractu, què cum ipso magistro fecit. [a] Et est in electione creditoris, utrùm exercitorem, vel magistrum convenire velit. [b] Quòd si tamen cùm alterutro egerit, cum altero agere non potest, sed si quid sit solutum, si quidem à magistro, ipso jure minuitur obligatio: sed etsi ab exercitore, sive suo nomine, id est, propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam & alius pro me solvendo, me liberat. [c]

[a] *d. l. si cum 5. §. 1. ff. de exercit. act.* [b] *d. l. 1. §. Est autem nobis electio. d. t.* [c] *d. l. 1. §. penult. ff. eodem tit.*

Est & illud hîc monendum, quòd si magister navis sit filiusfamiliâs, aut servus exercitoris, exercitori etiam directò condici posse, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.

§. ult. Inst. quod cum eo, qui in alienа potestate: facit l. si institorem 29. ff. de rebus credit. & l. si quis 17. §. ult. ff. de institor. act. & l. ult. ff. pro socio.

25 Etsi verò qui cum magistro navis contraxit, hac actione exercitoria experiri cum exercitore possit: ex contrario tamen exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non competit: quamvis extra ordinem propter ministerium annonæ, ad quod maximè pertinet navigationis utilitas, magistratus juvare exercitorem possit.

d. l. 1. §. sed ex contrario, ff. de exercitor. act.

26 Sequitur de institoris negociationi alicui præpositione, quæ est quasi contractus, [a] quo quis ex contractu institoris obligatur [b] his, cum quibus ipse institor ejus negociationis causa, cui præpositus [c] propter quæstum [d] est, contraxit.

[a] Ipsa præpositio institoris causa est obligationis & actionis institoriæ *l. sed si. 11. §. 2. ibi, cæterùm qui præposuit, tenebitur ipsa præpositione. ff. de institor. act.* unde hæc obligatio & actio ex proprio & vero contractu nasci haud rectè dicitur; maximè cùm Dominus præponens, tum ex ipsius institoris, non proprio obligetur contractu, *l. 1. in princ. & tot. tit. ff. de institor. act.* tum etiam sola edicti potestate hac actione teneatur, *l. si quis 17. §. 1. ff. d. tit.* [b] *d. l. 1. in princ. ff. eod. tit.* [c] *l. 5. §. non solùm, & §§. seqq. & l. sed si 11. §. condictio autem. ff. h. t.* [d] *l. si cum Silico 16. ff. eod. tit. Cujac. in lib. 29. Pauli ad edictum, pag. 66.*

27 In hoc quasi contractu inspectio incurrit tum institoris, & ejus, qui institorem præponit: tum etiam negociationis, cui institor præponitur, & contractus, quem institor cum aliquo facit; tum denique actionis, quæ ex hoc quasi contractu nascitur.

Vide Everhard. Iun. *Vol. 2. consil. 6.*

Insti-

Institor est, qui ab aliquo domino negociationi alicui quæstuariæ terre- 28
stri, veluti ad emendum, vendendumvé præpositus est; [a] Appellatus ex eo, quòd negocio gerendo instet; [b] vulgò hodie factorem, nostri Buchhalter/ Factor vocant. [c]

[a] *L.3.4.5. & l. institor est, 18. ff. de institor. act.* Dico terrestri, ad differentiam exercitoriæ actionis, Wesembec. *ad Schneidewin. tit. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potest, §. institoria, n. 1. & 8.* [b] *d. l. 3. ff. eod.* [c] Iohan. Sichard. *ad Rubric. Cod. de institor. act.*

Parvi autem refert, quis sit institor, masculus, an fœmina; liber, an ser- 29
vus: proprius, vel alienus: paterfamiliâs, an filiusfamiliâs: pupillus, vel pubes.

l. sed etsi quis 7. §. 1. & 2. l. nam & plerique, 8. ff. h. t. l. 2. l. 3. C. eod. tit.

Quod attinet eum, qui negociationi alicui institorem præponit, quis- 30
quis ille sit, nihil refert. Nam & si mulier præposuit, competit institoria. [a] Quin etiam si pupillus præposuerit, siquidem tutoris autoritate, obligabitur; [b] ut & si ex ea re locupletior factus sit, etiamsi absq; tutoris autoritate præposuerit. [c] Sed etsi minor viginti quinque annis erit, qui præposuit, auxilio ætatis non sine causæ cognitione utetur. [d]

[a] *d. l. sed etsi quis 7. §. 1. ff. de institor. act.* [b] *l. Verum 9. ff. d. t.* [c] *l. extenuat 10. ff. eod. tit.* [d] *l. Sed si pupillus 11. §. 1. ff. h. tit.*

Si quoque procurator meus, vel tutor, vel curator institorem præposue- 31
rit, veluti à me præposito obligor illi, cum quo institor contraxit; [a] Sed & ipse procurator, si omnium rerum procurator sit, ei tenetur. [b]

[a] *l. 5. in fin. ff. h. t.* [b] *l. 6. ff. eod.*

Negociatio autem, cui institor præponitur, varia est: Nam præponitur 32
aliquis vel insulæ, aut ædificio locando, vel frumento, alijsve mercibus coemendis vel distrahendis, vel pecuniis fœnerandis, vel mensæ numulariæ, vel vesti circumferendæ & distrahendæ, vel mulis agendis, vel tabernæ fullonum, aut sarcinatorum, vel mortuis sepeliendis, aut curandis (quorum ille libitinarius, hic pollinctor dicitur) vel panibus vendendis.

l. 5. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 12. ff. de institor. act.

Quod porrò attinet contractum, quem institor cum aliquo facit, is e- 33
jusmodi esse debet, ut ad eam rem, in quam præpositus institor est, pertineat; alioqui enim dominus, qui præposuit, non tenetur. Nam si præposui tantum ad mercium distractionem, institor autem merces comparet, non teneor ex vendito: ut nec ex empto teneor, si pręposui institorem ad emendum, is verò vendiderit.

d. l. 5. §. proinde si præposui, ff. d. t.

Si quoq; institor officio alicui, vel negotiationi exercendæ præpositus, 34
pecuniam mutuam acceperit, dominus institoris non tenetur ex præpositione, nisi creditor ille sciverit & probaverit, institori permissum esse, ut mutuam quoque pecuniam acciperet.

l. 1. C. de institor. act. & i. utt. §. ult. ff. de exercitor. act.

Si quis tamen institori, ad emendas merces præposito, pecuniam credi- 35
derit ad comparandas eas merces, ex præpositione obligatur ei dominus,

Digitized by Google

qui præposuit: ut & illi, qui ad pensionem pro taberna exsolvendam numos institori credidit; nisi prohibitus sit institor mutuari.

d.l.5.§.Sed si pecuniam, ff.h.t. An per Institoris Instrumentum obligationis Dominus obligetur. Vide Cœpen. *obser.*21.

36 Etsi autem creditor probare teneatur, quod institor mercis, vel pensionis causa pecuniam acceperit: [a] Attamen illud exigendum ab eo ipso est; ut probet, quòd institor eam in rem pecuniam erogârit. [b]

[a] *l.habebat* 13. *in prin. ff. de instit. act.* [b] *d.l.ult.§.uls. ff. de exercit. act.* Cujac. *ad African. tract.*8. *mihi pag.*452.

37 Similiter si institori, qui ad vendendum, emendumvé oleum præpositus est, mutuum oleum sit datum, ex ipsa præpositione dominus institoris tenetur.

d.l.5.§.si ei, quem ad vendendum, ff. eod. tit.

38 Item si institor, qui ad vendendum oleum præpositus est, annulum arræ nomine, vel pignus acceperit, neque acceptum reddet, dominus ex præpositione emptori tenetur; nisi fortè mandatum institori fuit, præsenti pecunia oleum vendere.

39 *d.l.5.§.Item si institor. ff.h.t.*

Fidejussori quoq; pro institore, qui intervenit, cùm ejus rei sequela sit, ex præpositione dominus obligatur.

d.l.5.§.Idem fidejussori, ff. eod. tit.

40 Quemadmodum institoris dominus non tenetur, si non ejus rei causa, in quam institor præpositus est, contractum sit, ita nec tenetur ex præpositione, si præpositionis conditio haud servata fuerit. Si enim dominus certa lege, vel interventu cujusdam personæ, vel sub pignore voluit cum institore contrahi, vel ad certam rem, neq; id servatum fuerit, non obligatur dominus: ut nec obligatur, si plures habuit institores, & vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo, hæc autem lex servata non fuerit.

l.sed si pupillus 11. *§.conditio autem, ff. de instit. act.*

41 Sed etsi personæ alicui, vel certo hominum aut negociatorum generi denunciaverit dominus, ne cum institore contraheret, non obligatur ex institoris contractu.

d.l.sed si pupillus 11. *§.condition, Vers. sed etsi. ff. d. tit.*

42 Restat actio, quæ ex hoc quasi contractu nascitur, ut est institoria actio, ab institore ita appellata, [a] cùm non potuit ab ipso domino, qui præposuit, aptum ei nomen imponi [b]

[a] *§. eadem ratione. Vers. Ideò autem institoria. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potest.* [b] Donell *lib.*15. *comment. ar. c.ap.*48. *pag.*580. & Cujac. *in lib.*29. *Pauli ad edictum, pag.*63. *col.*1. De hac actione vide Paul. Christinæ. *decis. Belgic.*33. *Vol.*3. Gilhausen. *in arbor. civil. c.ap.*3. *num.*53. *fol. m.*98.

43 Et est hæc actio similiter honoraria, [a] & perpetua; [b] competitq; omnibus, qui cum institore ejus rei causa, cui is præpositus est, contraxerunt adversus dominum institoris; Et licèt plures sint, qui præposuerunt, in solidum tamen unusquisque conveniri potest; & quicquid is præstiterit, qui conven-

conventus est, societatis judicio, vel communi dividundo à socio consequetur. [c]

[a] *l.1. in prin. ff. de inst. act. & §. Eadem ratione prætor. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potest.* [b] *l. nouissime 15. ff. h. tit.* [c] *l. habebat 13. §. ult. & seq. ff. cod.*

Datur item hæc actio & heredibus, & in heredem. 44

l. Nouissimè 15. ff. h. t.

Qui hac tenetur actione, ei etiam directò condici potest, quasi ejus jussu 45
cum institore sit contractum.

l. si institorem 19. ff. de reb. credit. l. si quis mancipijs 17. §. ult. ff. de institor. act. & §. ult. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potestat.

Et licèt procurator meus, quem præposui, ut mutuam pecuniam mei 46
causa acciperet, institor meus non sit, utilis tamen ad exemplum institoris adversus me creditori actio competit.

l. liberto 31. in prin. ff. de neceoc. gest. l. si mutuam 5. C. de institor. act. & l. In eum 19. in pr. ff. d. t. in quam leg. vide Cujac. *in lib. 3. Responsor. Papin. pag.* 105. *& seq.*

Novissimè & illud hîc sciendum, quòd & ipse dominus, qui institorem 47
præposuit, si modò aliter rem suam servare non possit, convenire possit eos, qui contraxerunt cum institore.

l. 1. in fin. & l. 2. ff. de institor. act. l. In omnibus 5. ff. de pratoriis stipulat. l. Iulianus 13. §. si Procurator. ff. de actionib. empt. & vend.

Succedit negociatio filiifamil. vel servi in merce peculiari: quæ est quasi 48
contractus, [a] quo pater vel dominus obligatur his, qui cum filiofamil. vel servo, in merce peculiari, sciente patre vel domino, negociantibus, ejus mercis nomine contraxerunt, ad hoc, ut pro rata cujusq; debiti ipsam peculiarem mercem, & quod inde receptum est, cum eis partiatur. [b]

[a] Cùm enim obligetur pater, vel dominus non ex propria, sed filiifam. vel servi conventione, ex contractu certè patris vel domini hæc obligatio & actio nasci haud rectè dicitur, *per l. 1. §. conventionis. ff. de pactis.* Cum ergò non sit ex delicto, vel quasi delicto eorum, ex quasi contractu eam esse existimari debet. *arg. tit. Instit. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. & l. si quis. 5. ff. de oblig. & actionib.* [b] *§. introduxit & aliam. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potestat. l. Procuratoris. 5. §. ult. & tot. tit. ff. de tributor. act.*

In hoc quasi contractu spectamus tum personam Patris itemq; domini, 49
& filiifam. ac servi: tum ipsam mercem peculiarem: tum etiam actionem, quæ ex hoc quasi contractu nascitur.

Personam patris, itemque domini quod attinet, scientia eorum hic desi- 50
deratur: ut sciant scilicet filiumfam. vel servum suum peculiari merce negociari. Scientiam autem accipimus eam, quæ patientiam habet, non quæ voluntatem. Non enim velle debet pater aut dominus, sed non nolle. Unde si scit, & non protestatur, aut contradicit, tenetur.

l. 1. §. scientiam. ff. de tributor. act.

Quòd si pupilli servus, aut furiosi filiusfam. vel servus merce peculiari 51
negocientur, tutoris, & curatoris scientia opus erit.

l. 3. §. 1. & ult. l. 4. ff. h. t.

Quod attinet personam filijfamiliàs itemq; servi, de filiofam. quod dici- 52
mus, etiam de filiafam. intelligimus: & quod de servo traditum est, porrigi quoq;

quoq; debet ad ancillam, & ad eos, qui nobis bona fide serviunt, sive liberi sint, sive alieni servi, & in quibus usumfructum habemus.

l. 1. §. pen. & ult. ff. eod. tit. An tributoria actio etiam in liberarum personarum negotiationibus, locum habeat deducit Schultes. *pract. quæst. lib. 2. quæst. 64.*

53 Altera inspectio, ut dixi, est de merce peculiari. Peculiarem autem mercem accipimus generaliter de omni re cujusvis vendendi, emendi negociationis causa comparata, [a] Et licet nihil sit in peculio, merx tamen peculiaris dominium itemq; patrem obligat. [b]

[a] *L. 1. §. 1. & l. 5. §. Mercis nomine, ff. de tributor. act.* [b] *dict. l. 1. §. peculiarem, ff. dict. tit.*

54 Per mercem quoque peculiarem hîc intelligimus etiam quidquid ex ea merce receptum & comparatum est.

d. l. Procurator 5. §. non autem totum, & §§. seqq. ff. h. t.

55 Actio, quæ ex hoc quasi nascitur contractu, est tributoria actio, quâ pater, itemq; dominus cogi potest, ut mercem peculiarem, & quod eo nomine receptum est, inter se, & creditores filiifam. vel servi sui tribuat, id est, distribuat, dividat, sive partiatur, [a] eaq; perpetua est, & in heredem de eo, quod ad ipsum pervenit, datur. [b]

[a] *d. l. 5. per hanc autem. & §. seq. §. sive autem, §. non autem, & §§. seqq. l. illud. 7. §. 1. & 2. l. pen. & ult. ff. de tributor. act. §. introduxit & aliam. 4. Inst. Quod cum eo, qui in aliena potest.* [b] *d. l. illud. 7. §. ult. & l. seq. ff. de tributor. action.* Schneidevv. *ad d. §. introduxit. 4. Inst. quod cum eo.* &c.

56 Tributio autem fit pro rata ejus, quod cuiq; debetur. Et ideo, si unus creditor veniat, desiderans tribui, integram portionem consequitur. Sed quoniam fieri potest, ut alius quoq;, vel alii existere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste, pro rata se refusurum, si fortè alij emerserint creditores. [a] Illud quoq; cavere debet, si quod aliud domini debitum emerserit, refusurum se ei pro rata. [b]

[a] *d. l. 5. §. ultim. & l. seq. ff. de tributor. actionib.* [b] *leg. illud quoque. 7. in princip. ff. dict. tit.*

57 Quòd si tamen pater vel dominus tribuere nolit, nec hanc molestiam suscipere, sed peculio, vel mercibus cedere paratus sit, audiendus erit.

d. l. Illud quoq; 7. §. 1. ff. h. t.

Clas. III. Disput. XXIV.

De Pecvlio, et de in rem verso actionibus.

THESIS I.

IN consortium quasi contractuum vocamus item negocia, ex quibus actio de peculio, [a] & actio de in rem verso, [b] nascitur. [c]

[a] Est enim hæc actio personalis. *l. summa. 21. §. ult. ff. de peculio. & §. in personam quoque. Vers. Item prætor proposuit, Instit. de action.* Ergo ex obligatione. *l. actionum genera 25. in prin. Vers. In personam actio. ff. de obligat. & act. l. 3. §. Iulianus. ibi, esse obligatum dominum de peculio. ff. de pecul.* Schneidevv. *ad §. actiones. Inst. d. action. & ad §. præterea Inst. quod cum eo qui in alien.*

alien. potestat. At ea obligatio non conventione patris aut domini constituitur, sed edicto Prætoris, *l.1. §.1. & tot. tit. de pecul. & dict. §. in personam, §. item Prætor, ff. de actionib.* unde ex contractu patris vel domini esse, haud dici potest, *per l.1. §. conventionis. ff. de pact.* Cum ergo nec ex delicto, nec quasi ex delicto eorum sit, ex quasi contractu ut sit, necesse est, *argum. l. 1. in prin. & §§. segg. ff. de obligat. & act. & t. tit. Institut. de oblig. quæ ex quasi contract. nasc.*

[b] Tum quia ipse Vlpianus versionem in rem patris vel domini, quasi contractum appellat, *in l.1. in princ. ff. de in rem verso:* tum quia hæc actio est ex contractu non ipsius patris, aut domini, sed filiifam. vel servi, *l. si ex §. ff. d. t.* & quidem Prætoris edicto constituta, *d. l.1. §.1. ff. de peculio.* [c] De utraque hac actione vide etiam Hotoman. *in lib. 15. ff. tit. 1. de pecul. tit. 2. Quando de peculio actio annalis sit; & tit. 3. de in rem verso.*

In actione de peculio duplex inspectio incurrit; una negocii, ex quo hęc actio nascitur; altera ipsiusmet actionis ex eo negocio natæ. 2

Oldendorp. *class. 4. actione 9.*

Negocium ex quo actio de peculio oritur, est possessio [a] peculii filiifam. vel servi, qui ex suo actu [b] alii obligatus est. Vnde in hoc negocio spectamus tum peculium filiifam. & servi, quod possidet pater aut dominus: tum ipsum actum, quo filiusfam. vel servus alii obligatus est. 3

[a] *l. & ancillarum. 27. §. ultim. Vers. Nec huius duntaxat, ibi, quod apud eum, cum quo agitur, is servus haberet, sed & eius, quod apud alterum, & Vers. Quod tulianus, ibi, si apud alterum quoque fuit peculium, l. quare 28. ibi, quatenus peculium apud eum erit, & l. seq. in princip. ibi, quia de eo quisque peculio, quod apud eum esset, quolibet alio agente teneatur, l. quæsitum est 30. §. 1. & §. ultim. l. si ex duobus 32. in princip. Vers. Quamvis, & seq. Vers. quamvis, l. si quis servum. 33. l. in bona fide 36. in princ. & l. eo tempore 50. in princ. ff. de pecul.* [b] *l. 1. §. 2. l. si quis cum filiof. simil. 44. & t. t. ff. de pecul. §. Actiones autem de pecul. Instit. de act. & §. præterea introducta, Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. est, negocium gestum esse dicitur.*

Peculium Est, quod filiusfam. vel servus, separatum à rationibus paternis, vel dominicis habet; deducto inde, si quid patri vel domino debetur: [a] Dictum quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum. [b] 4

[a] *l. Depositi. 5. §. ultim. l. sed si damnum 9. §. peculium, & l. peculium 39. Vers. Idq; Celsus, & l. non solum 49. ff. de pecul. l. pater fam. 128. ff. de verb. sign. & §. actiones autem de pecul. 10. Inst. de act.* Krembergk. *ad §. præterea. n. 4. nu. 3. Inst. quod cum eo qui in alien. potest.* [b] *d. l. Depositi 5. §. peculium, ff. de pecul.* Althus. *in decalog. lib. 1. cap. 36. nu. 4.*

Possunt autem in peculio esse res omnes, & mobiles, & soli: hoc amplius & nomina debitorum. 5

l. Quam Tuberonis 7. §. in peculio autem, ff. de pecul.

Est quidem peculium filiifamil. vel Castrense, ut quod is occasione militiæ adquisivit: [a] vel quasi Castrense, ut quod functione aliqua publica nactus est, [b] vel adventitium, ut quod ipsi filiofamil. pagano aliunde, quàm à patre obvenit; [c] vel profectitium, ut quod ex re patris ad filium fam. profectum est. [d] Verùm hæc actio de peculio pertinet tantùm ad peculium profectitium, [e] non etiam ad castrense, quasi castrense, [f] aut adventitium peculium. [g] 6

[a] *l. 4. l. castrense peculium 11. ff. de castrens. pecul.* [b] *l. ultim. C. de inoffic. testam. l. 4. C. de ad Orfit. d. Vers. judicior.* [c] *§. 1. Vers. sancitum etenim. Instit. per quas person. cuique adquir.* [d] *§. Igitur liberi. Vers. sancitum etenim, Inst. it. d. t. l. cùm oportet 6. C. de bonis, quæ liber. l. profectitia. 5. in princip. & §. 5. ff. de jur. dot. l. eum qui 3. ff. d. uxorib. & relegat.* Cæval. *commun.*

opin. quæst. 152. Videatur omnino Althusius *in Dicæolog. lib. 1. cap. 39. num. 7. & seq.* Hoc enim peculium totum est patris, proprietate & usufructus, ut patet ex locis proximè allegatis. [f] Nam hoc utrumque peculium solius est filiifamil. proprietate & usufructu, *l. 2. ff. ad Senatusconsultum Macedon. l. ultim. ff. ad Senatusconsultum Tertyll.* [g] Hujus enim peculij proprietas solius est filijfamil. ususfructus verò patris, *d. l. cùm oporter. 6. l. cùm non solum 8. in prin. vers. sive à contrario, & §. ultim. C. de bonis, quæ liber.* vide Forster. Iun. *de dominio. cap. 6. num. 35. & seqq.*

7 Consequitur autem filiusfam. profectitium, ut & servus suum peculium, non tantùm constitutione sive concessione, sed & permissu sive patientia patris, vel domini. [a] Modò pater vel dominus rem, quam peculii esse vult, vel naturaliter det filiofam, aut servo suo, vel cum ea jam apud eum sit, pro tradita eam habeat. [b]

[a] *l. 3. §. Si filiusfamil. ff. ad Senatusconsultum Macedon. l. 3. §. In furioso, 4. d. l. 5. §. ult. ibi, domini permissu, & l. seq. ibi, dominus servo peculium constituit, l. Quam Tuberonis. 7. §. 1. l. Id testimentum 25. l. peculium 39. & l. non solum 49. in princip. ff. de pecul.* [b] *l. non statim 8. ff. d. t.*

8 Non tamen res omnis in peculio filiifam. vel servi est, quam ei pater aut dominus concessit, sed quam ita dedit, ut ea perpetuò, non ad certum usum & certis temporibus uteretur: [a] Et quam non necesse habuit præstare. [b]

[a] *d. l. Id testimentum 25. ff. eod. tit.* [b] *l. peculium 40. §. 1. ff. d. t.*

9 Porrò peculium filiofam. vel servo à patre, vel domino nominatim constitutum, aut est liberæ administrationis, à patre vel domino concessæ, aut aliusmodi.

l. 3. §. Si filiusfamil. ff. ad Senatusconsultum Macedon. l. si quis hac lege 41. §. ultim. ff. de rei vindicat. l. 3. §. ultim. ff. de minorib. d. l. Quam Tuberonis. 7. §. 1. in fin. & l. libera peculij 48. ff. de pecul.

10 Concessa autem libera peculij administratione, quicquid filiusfam. vel servus gerit, patris vel domini tacita voluntate gerere videtur, [a] modò non perdat illud. [b] Cui verò concessum est peculium, non etiam libera peculij administratio, is in re peculiari negociatur sine ulla patris vel domini voluntate [c]

[a] *dict. l. 3. in fin. junct. l. 4. ff. de minorib. d. l. si quis hac lege 41. §. ultim. ff. de rei vindicat. l. si servus 14. ff. de adquirend. vel amitt. poss.* [b] *l. 3. §. si filiusfamil. ff. ad Senatus Consultum Macedon. d. l. si pater 12 ff. Si quid in fraud. credit.* [c] *§. Præterea. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potestat.* Cujac. *ad African. Tractat. 7. in explicat. d. l. 4. ff. de minorib. tom. 4. pag. 298.*

11 Quia verò profectitium filijfamil. & servi peculium ipsius patris, [a] vel domini [b] est, simulatque hi nolunt ampliùs esse peculium, desinit peculium esse. [c]

[a] *l. cum oporter 6. C. de bonis, quæ liber. §. Igitur liberi, vers. Sanctum etenim, Instit. per quas person. cuique adquir.* [b] *§. Item vobis adquiritur, Instit. d. t. l. Etiam invitis 32. ff. de adquir. rer. dom. l. 1. §. 5. l. peregrè, §. 1. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. justo 44. §. ult. ff. de usurpat. & usucap.* [c] *d. l. non statim 8. in fin. & l. peculium 40. in fin. ff. de pecul.*

12 Etsi autem filiusfam. profectitium, & servus suum peculium naturaliter teneat, pater tamen & dominus id possidere videntur; [a] proindeq; à creditoribus filiifam. & servi sui de peculio conveniri possunt. [b]

[a] *§. Non*

[a] *§. Non solùm autem proprietas, Instit. per quas person. cuique adquiritur. l. 1. §. Item adquirimus, l. 3. §. caterum. l. 4. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. nunquam 31. §. Si servus meus, ff. de usurpat. & usucap.* [b] *tot. tit. ff. de pecul. & tot. tit. ff. Quando de pecul. act. annalis sit.* Ipsa enim possessio peculii est quasi contractus, & causa, qua obligatur pater, itemq; dominus de peculio his, quibus ipse filiusfam. vel servus obligatus est, ut ostendi *sup. th. 53.*

Sequitur de actu, quo filiofam. vel servo alii obligato, pater vel dominus 13
de peculio tenetur. Per actum autem illum intelligimus hîc tum contractum, & quasi contractum: tum precarium: tum etiam delictum filiifam. & servi, modò tamen pater, vel dominus ex eo delicto locupletior sit factus: tum denique quasi delictum filiifam.

Contractus filiifam. vel servi, cujus nomine pater vel dominus de pecu- 14
lio tenetur, est depositum, [a] commodatū, [b] locatio conductio, [c] & alii bonæ fidei contractus: [d] Item mutuum, [e] stipulatio fidejussoria, [f] & compromissoria: [g] ob quam utramq; pater quoq; de peculio tenetur, non etiam dominus servi sui nomine, [h] nisi rem peculiarem agens servus, aut in rem domini fidejusserit. [i]

[a] *l. 5. in princ. l. Et ancillarum. 27. in princ. vers. depositi quoque, & l. depositi 38. in princ. de pecul.* [b] *d. l. Et ancillarum. 27. in prin. ff. d. t.* [c] *d. l. 27. in prin. ff. eod.* [d] *l. in bonæ fidei 36. in princ. ff. d. t.* [e] *d. l. Depositi. 38. §. ultim. ff. h. t. & §. præterea, vers. itaq; si ex decem. Inst. Quod cum eo, qui in alien. potest.* [f] *l. 3. §. si filiusfam. & §. sed si filius fidejussor. ff. de peculio.* [g] *d. l. 3. §. Quæsit & ex compromisso. ff. d. t.* [h] *d. l. 3. §. si filiusfam. & §. si servus. ff. eod. tit.* [i] *d. l. 3. §. si filiusfam. vers. Et est verius, & l. quotiens. 47. §. 1. ff. d. tit.*

Si quoque filiusfam. voluntarium detulerit jusiurandum creditori suo, 15
& ab hoc juratum sit, proindeq; efficacem jam virtute Iurisiurandi illius actionem is habeat, [a] de peculio pater conveniri potest, quasi contractum cum filiofam. fuerit. [b]

[a] *l. si duo 13. §. si quis juraverit, & §. Marcellus. ff. de jurejurand.* Cujac. *in Paratit. C. de rebus credit.* [b] *d. l. depositi 5. §. si filiusfam. ff. de pecul.*

Quasi contractus filiifam. cujus nomine pater de peculio tenetur, est ju- 16
dicium acceptum, sive litis contestatio; [a] item tutelæ administratio, [b] & negotiorum gestio, [c] &c.

[a] *d. l. 3. §. Idem scribit, judicati quoque, ff. de peculio.* [b] *l. si filiusfam. 11. ff. de tutela & rationib. distrahend. l. si filiusfam. 14. ff. de negot. gest.*

Si tamen servus, cum se pro libero gereret, compromiserit, aut judicium 17
acceperit, dominus de peculio non tenetur.

d. l. 3. §. si servus. ff. de peculio.

Quòd si precario res filiofam. vel servo data sit, de peculio duntaxat pa- 18
ter, dominusvé obligatur.

d. l. depositi 5. §. 1. ff. d. t.

Delictum quod attinet filiifamil. itemque servi, ex eo (ut dixi) pater & 19
dominus eatenus tenentur de peculio, quatenus inde locupletiores facti fuerint.

d. l. 3. §. Ex furtiva, ff. de peculio, Dd. *in l. Ex penalibus. 58. ubi textus, ff. de reg. Iur.* Obstare videtur *l. si in re communi. 19. §. ultim. ff. de noxalibus act.* ex quo loco quidam scribunt

bunt, dominum ex delicto servi de peculio teneri, omni casu, quo noxalis actio locum habet: Id quod meritò reprobat Cujac. *in lib. 22. Pauli ad edictum, pag. 366.*

20 Quasi delictum filiifam. ex quo pater de peculio tenetur, est, si culpa sua filiusfam. Duumvir pupillo rem salvam fore caveri non curavit. [a] Nomine verò alterius quasi delicti filiifamil. quod pœnæ persecutionem contineat, pater de peculio non tenetur. [b]

[a] *d. l. 3. §. si filiusfam. ff. de pecul.* [b] *§. si filiusfam. 2. Instit. de oblig. qua quasi ex delict. nasc. & facit. d. l. 3. §. si filiusfam. ff. de pecul.*

21 Hactenus de negotio, ex quo actio de peculio nascitur: Sequitur nunc de actione ipsa. Actio de peculio est honoraria, [a] qua pater vel dominus nomine filiifam. vel servi sui rei persecutoria actione obligati, ejus creditoribus tenetur, quatenus peculium patitur. [b]

[a] *§. in personam queque, Vers. Item Prætor proposuit. Instit. de actionibus l. 1. in princ. & §. 1. & l. 2. tit. ceterùm honorariæ dantur, ff. de pecul.* [b] *§. actiones autem de pecul. Instit. de actionibus. §. Prætereà, Vers. itaque si ex decem. & Vers. seq. Inst. Quod cum eo, qui in aliena potestat. est, & tot. tit. ff. de pecul.* Dico autem rei persecutoria actione obligati. propter duo præcedentia enunciata.

22 Quando autem hac actione convenitur pater vel dominus, deducere de peculio potest, quod sibi à filiofam. vel servo suo debetur, [a] vel ipsemet filiifam. vel servi nomine alii debet. [b]

[a] *d. §. præterea, Vers. cùm autem quæritur. Instit. Quod cum eo, qui in alien. potest. est l. 5. §. ult. l. sed si damnum 9. §. peculium. & §§. seqq. & l. si quis cum filiofam. ff. de pecul.* [b] *d. l. sed si damnum 9. §. ult. & l. seq. in princ. & §. 1. d. l. si noxalis 11. in prin. & §. 1. ff. d. t.*

23 Quòd autem deduci debere diximus id, quod debetur ei, qui de peculio convenitur, ita accipiendum est, si non hoc aliunde consequi potuit.

d. l. si noxalis 11. §. quod autem deduci, ubi Bart. & alii. *ff. eod. tit.*

24 Et non solum quod ei debetur, qui convenitur, deducendum est, verùm etiam si quid socio ejus debetur; [a] siquidem qui cum servo communi contraxit, etiam in solidum cum uno ex dominis experiri possit. [b] At socii inter se agere de peculio non possunt. [c]

[a] *d. l. si noxalis 11. §. ult. ff. de pecul.* [b] *d. l. 11. §. ult. & l. Et ancillarum 27. §. ultim. d. tit.* [c] *l. Nam inter 20. ff. eod. tit. de qua lege* vide Cujac. *in lib. 30. Pauli ad edictum pag. 78. & seq.*

25 Quòd si dolo patris vel domini desiit quid esse in peculio veluti si filiofamil. vel servo, suspicians aliquem secum acturum, ademit peculium, vel passus sit eum intricare peculium, in necem creditorum, aut aliò peculium avertat, tenetur nihilominus hac actione.

l. summatim 21. in princ. & l. quæsitum 30. §. penult. & ult. & l. seq. ff. de pecul. & l. 1. §. 1. ff. de in rem Verso.

26 Tenet autem hæc de peculio actio, etiamsi nihil fuerit in peculio; cùm ageretur, si modò sit rei judicatæ tempore.

Ejusdem 30. in princ. ff. d. t. Sed an pater cogi possit ad dandam legitimam filio in peculio nihil habenti, & per sententiam condemnato. *Negatur, argum. l. tam ex contractibus 57. ff. jud. solv.* Guid. Papæ. *decis. 486.* Modestin. Pistor. *cons. 2. nu. 14.* Bald. *in l. omnimodo 30. imputare. 2. C. de inoff. testam.*

27 Et quia peculium augmentum capit, ac crescere potest, [a] iccirco is, qui semel

semel de peculio egit, rursus aucto peculio, de residuo debiti restaurare præcedens judicium, & agere potest. [b]

[a] *l. peculium 40. ff. de peculio* [b] *l. quæsitum 30. §. is qui semel. & l. seq. §. in hoc autem. ff. d. t.*

Est autem perpetua hæc actio, quandiu in potestate patris aut domini est 28
filius aut servus: At filio emancipato, vel servo manumisso, aut alienato, aut mortuo hoc vel illo, temporaria esse incipit, id est annalis.

l. 1. §. 1. & tot. tit. ff. quando de peculi actio annalis est.

Denique hæc actio competit etiam contra heredem patris vel domini, [a] 29
qui heres tamen ex doli clausula in tantùm tenetur, quod ad eum pervenit: ultrà non. [b] Sed si ipse heres dolo fecit, solidum præstat. [c]

[a] *l. & ancillarum 27. §. 1. ff. de pecul.* [b] *l. quæsitum 30. §. ult. ff. d. t.* [c] *l. sed si ipse 31. ff. eodem tit.*

Dispiciemus modò de actione de in rem verso, circa quam etiam duplex 30
inspectio incurrit: Una de negotio, unde hæc nascitur actio; Altera de actione ipsa.

Negotium, ex quo nascitur hæc actio, est in rem patris vel domini ver- 31
sio ejus, quod filiusfam. vel servus à suo creditore accepit. Unde in hoc negotio spectantur tum actus, ex quo filiusfamil. vel servus à creditore suo quid accepit & obligatus est: tum quando idem in patris vel domini rem versum dicatur.

Actus ille est, maximè mutuum, [a] item emptio & venditio: [b] tum etiam 32
condemnatio filijfam. in causa patris. [c]

[a] *l. 3. l. & ideò 7. §. 1. & §. ult. l. & nihil 8. l. quod servus 11. l. servus 17. l. filiusfam. 19. l. pen. & ult. ff. de in rem verso.* [b] *l. si res 5. in princ. d. l. & ideo 7. §. illud planè, & l. quidam 16. ff. d. t.* [c] *l. si pro patre 10. §. 1. ff. eod.*

In rem patris vel domini versum dicitur, quod vel necessariò vel utiliter 33
in ejus rem conversum est, non etiam quod voluptuariè: [a] veluti, si quod accepit à creditore suo filiusfam. vel servus, in familiam patris vel domini, puta ad eam alendam aut vestiendam, consumpsit; aut paterno vel dominico creditori soluit, etsi erravit in solvendo. [b]

[a] *l. 3. §. & regulariter, & §. sed si, & l. 5. in princ. ff. de in rem verso, d. §. præterea, 4. vers. in rem autem, Instit. Quod cum eo, qui in alien. potest.* [b] *d. §. præterea, vers. In rem autem, Instit. d. t. d. l. 3. §. 1. & §. unde rectè dicitur, & l. si filiusfamil. 15. ff. de in rem verso.*

Proinde si filiusfam. vel servus mutuâ acceptâ pecuniâ se alat, & vestiat, 34
secundùm consuetudinem patris vel domini, id est, usque ad eum modum, quem pater vel dominus ei præstare consueverat, in rem patris vel domini vertisse dicitur.

d. l. 3. §. proinde si servus. ff. d. t.

Similiter in rem patris vel domini versum intelligitur, quod filiusfamil. 35
vel servus mutuò acceptum quasi paternæ vel dominicæ rationis alij credidit.

d. l. 3. §. idem Labeo tit. ff. h. t.

Quòd si etiam filiusfam. vel servus mutuâ acceptâ pecuniâ, patris vel 36
domini ruentia ædificia fulserit, in rem patris vel domini vertisse dicitur.

d. §. Præterea, Vers. in rem autem, Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.

37 Si item filiusfam. vel servus odores & unguenta emerit, & ad funus erogaverit domesticum, in rem patris vel domini versisse dicitur.

d.l. & ideò 7. §. illud planè, ff. h.t.

38 Quòd si filiusfam. vel servus fundum, vel rem aliam utilem patri vel domino emerit, tantum videtur versum, quanti res ea digna fuerit. Si tamen pluris sit, non plus videtur versum, quàm res empta fuit.

d.l. 5. in princ. & l. si fundum 12. & l. quidam 16. ff. h.t.

39 Si quoque filiusfam. pecuniam mutuatus, pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit, & hoc animo filiusfam. dedit, ut patris negotium gereret: [a] Et nihil interest, filiæ suæ nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natæ, dederit. [b]

[a] *d.l. & ideò 7. §. ult. & l. si verò 9. ff. de in rem Verso.* [b] *l. & nihil 8. ff. d.t.*

40 Versum etiam in rem patris videtur, si filiusfamil. quasi defensor patris judicium susceperit, & sit condemnatus: Namque filius eum judicio suscepto liberavit.

l. Si pro patre 10. §. 1. ff. hoc tit.

41 Et licèt res, quæ in necessitatem vel utilitatem patris vel domini à filiofamil. vel servo comparata est, perijt; tamen in rem ejus versa intelligitur. Si enim frumentum comparavit ad alendam familiam, & hoc in horreo paterno vel dominico repositum perijt, vel corruptum est, vel arsit, versum videtur. [a] ut & si acceptâ mutuâ pecuniâ insulam fulsisset, eaque ruisset, pecunia versa censetur. [b]

[a] *d.l. 3. unde ff. h.t.* [b] *d.l. 3. §. sed esse versum, ff. h.t.*

42 Versum autem sic accipimus, ut duret versum. Si enim postea à patre vel domino solutum sit filiofamil. vel servo, desinit esse versum; nisi in necem creditoris solutum sit.

d.l. si pro patre 10. §. Versum autem. 6. ff. h.t. Vide Cujac. *tract. 8. ad Affric. in explicat. d. l. servus in rem. 39. in pr. ff. h. tit.* Pacius. *cent. 4. variorum. quæst. 68.* Hœnon. *quæstion. Illustr. disp. 20. thes. 5. lit. f.*

43 Etiam quoque filiusfam. vel servus aliquid sic accepit à creditore, quasi in rem patris vel domini verteret, nec tamen vertit, pater vel dominus de in rem verso non tenetur. Vide curiosus esse debet creditor, quò vertatur.

d.l. 3. §. sed si sic accepit. ff. de in rem Verso.

44 Restat actio de in rem verso: quæ creditori filijfam. vel servi competit in patrem, vel dominum, de eo, quod ex actu, quem cum ipso filiofamil. vel servo gessit, in rem patris vel domini versum est. [a] Eaque est perpetua. [b] & sæpè locum habet, cùm actio de peculio non competit. [c]

[a] *§. præterea. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. & tot. tit. ff. & C. de in rem Verso.* [b] *l. 1. §. 1. ff. d.t.* [c] *d.l. 1. §. 1. & 2. ff. eodem tit.*

CLAS-

CLASSIS QVARTAE

DISPUTATIO I.

DE MALEFICIO; ET QVIDEM de furto, & rapina.

THESIS I.

RAtio instituti ordinis [a] jubet, ut de hinc de maleficio disputemus. Maleficium [b] est actus, [c] quo quis alij dolosè [d] nocet. [e] 1

[a] *Suprà Classe 2. Disputat. 1. Thes.* 39. [b] Maleficij nomen generale est, quod pertinet tum ad delicta privata *§. sequens divisio. Instit. de obligat. & princ. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc. junct. Rubr. ff. de priv. delict.* tum etiam ad crimina extraordinaria & publica *l. ita vulneratus.* 51. *§. Quòd si quis, ibi, cum neque impunita maleficia esse oporteat. ff. ad l. Aquil. l. si à reo.* 70. *§. ult. ff. de fidejuss. & l. bona fides* 31. *in princ. vers. veluti reus capitalis judicij, junct. vers. num male meritus ff. Depositi.* Est & illud hîc notandum, quod Cujac. in *Commentar. in lib.* 10. *quæstion. Papin. pag* 232, scribit, maleficij nomen pertinere tantùm ad eos, qui sponte delinquunt: delicti verò nomen ambiguum esse, quia & maleficium & culpam significet, *per l.* 1. *de legibus & l. cum manceptum* 52. *in princ. ff. de Ædil. Edicto.* quib. etiam addi potest. *l.* 1. *C. si adversus delictum.* vide Gilhausen. *in arbor. judic. criminal. in proleg. num.* 1. *& seqq.* Quamvis interdum verbum criminis, delicti, maleficij & noxæ, generale sit ad omnia pertinens. *§. placuit. Instit. de obl. quæ ex delict. nascunt. l.* 3. *ff. ad SC. Turpill. l. meminor.* 4. *C. si serv. export. veneat.* Petr. Gregor. Tholosan. *lib.* 3. *syntagm. univ. jur. cap.* 1. *num.* 5. Decian. *in tract. crimin. lib.* 1. *cap.* 7. 8. 9. *&* 15. Dn. D. Besold. *part.* 2. *delibat. jur. ex lib.* 47. *ff. tit.* 1. *d. privat. delict.* Egò *in tract. de adult. cap.* 1. *num.* 2. *& seq.* [c] ut sit maleficium, sola cogitatio malefaciendi non sufficit, sed actus aliquis sive factum requiritur. *l.* 1. *§. Inde sola cogitatio l. si quis uxore.* 52. *§. neque verbo ff. de furt. l. cogitationis* 18. *ff. de pœnis l. Item apud* 15. *§. si curaverit quis. ff. de injur. l. obligamur* 52. *§. expecto, ff. de obligat. & act. &* 5. 1. *vers. ha verò. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Quia autem maleficij species variæ sunt, ideo generis loco. ACTUS verbo utor, quod generale est. *l. Labeo* 19. *ff. de verb. sign. l. actus* 8. *C. de Fer. & l. actus* 87. *ff. de reg. jur.* [d] Hoc differt maleficium a quasi maleficio, quo quis alteri culpa sua nocet. *tot. tit. Instit. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc.* Sed obstare videtur quod maleficium committi possit, quod alij non sit nocumento, ut si quis in proprium corpus peccet. At respondetur inde respublica offenditur, & illud maleficium ob scandalum alijs obest. [e] Verbum NOCERE pertinet non tantùm ad ea, quæ in corpus admittuntur, *l.* 1. *§. hæc autem verba, ff. De his qui effund. vel dej.* Sed etiam ad damna, quæ in rem facta sunt *l. si cujus.* 25. *ff. de aqu. & aqu. pluv. arcend.* Proindeque cum Donello *lib.* 15. *comment. cap.* 23. *pag.* 445. *in fin.* haud ineptè eo verbo utimur in definitione maleficij. a

In maleficio autem generaliter spectamus tùm personas, quæ admittere maleficium possunt, tum etiam maleficij species. 2

Personas illas quod attinet, tales eæ sint necesse est, ut doli capaces noscantur, & voluntatem ac propositum delinquendi habeant. [a] Vnde neque infans, [b] neque furiosus, [c] neque dormiens, [d] maleficium admittere potest. 3

[a] *l. qui*

[a] *l. qui injuria 53. in princ. ff. de furt. l. si non convicij. 5. C. de injur. l. quod reipub 22. ff. de rit. l. Divus 14. ff. ad l. Corn. de Sicar. l. quoniam multa 6. C. ad leg. Iul. de vi pub.* Obstare videtur *l. 2. C. si adv. vers. delict.* [b] *l. infans 12. ff. ad leg. Cornel. de Sicar. l. impuberem 23. ff. de furt. l. pen. in fin. ff. de fideic. libertat. l. 1. §. furiosus, ff. de adquir. vel amitt. poss. c. un. tit. 4. de homicid. lib. 4. Clementin.* Vide me *in tract. de furt. capit. 1. num. 4.* [c] *d. l. Cornel. infans 12. ff. ad l. Cornel. de Sicar. l. 5. ff. de reg. jur. l. 1. §. furiosus, ff. de oblig. & act. d. l. 1. §. furiosus. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. Divus 14. ff. de off. presid. d. c. un. de homicid.* [d] *d. l. 1. §. furiosus vers. Sicuti si quis dormienti, ff. de adquir. vel amitt. possess. d. c. un. Clement. homicid.* Tiraquell. *de pœnis temperand. aut remitt. causa 5.* sed vide Menoch. *de arbitr. judic. lib. 2. cent. 4. casu 327.*

4 Impubes autem proximus pubertati, cùm doli capax sit, maleficium committere potest: [a] sicut & ebrius; quamvis hic mitiùs puniatur; [b] nisi ebriosus fuerit; ut & in pupillo, doli capace, pœna minuenda est. [c]

[a] *l. pupillum 111. ff. de regul. jur. l. impuberem 21. ff. de furt. & 5. in summa Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc.* vide me *dict. tract. cap. 1. num. 25.* [b] *l. un. C. si quis imp. maledix. l. omne delictum. 8. §. qui se vulneravit, vers. per vinum, ff. de re milit. l. milites 12. in princ. vers. si tamen per vinum, ff. de custod. reorum. l. perficiendum 11. §. penult. vers. impetu autem, ff. de pœnis.* Tiraquell. *in tractat. de pœn. temper. causa 6. &* Menoch. *dict. libr. 2. cent. 4. casu 326.*
[c] Andreas Geyl. *lib. 2. observat. practic. observ. 110. num. 26. 27. 30. & seq.* Vide tamen Reinking. *de regim. secular. & Ecclesiast. libr. 2. tit. 1. cap. 8. num. 24. & seqq.*

5 Species maleficij sunt; Delictum privatum, extraordinarium crimen, & crimen publicum.

Rubr. ff. de privat. delict. l. 2. §. 1. ibi similia criminis. ff. Stellionat. l. 2. & tot. tit. ff. de extraord. crimin. & tit. ff. de publ. judic. l. aliud est fraus. 131. in fin. ubi Cujac. *de verb. significat. l. in eum 15. ff. de accusat. l. quid sit 17. §. noxæ. ff. de adil. edict.* Ioh. Robert. *lib. 1. animadvers. jurisd. c. 6.* Petr. Fab. *ad l. nemo 30. ff. de reg. jur. p. 181.*

6 Delictum Privatum est maleficium, quo nocetur alicui privato, & ex quo eidem civilis forensis, privata, id est, ad privatum commodum, actio jure ordinario exercenda, prodita est.

l. licet. 42. in princ. ibi, quasi privatæ actionis & §. 1. ff. de procurator. d. l. quid si fugitivus 17. §. noxæ, publicæ criminibus. & vers. ex privatis, ff. de adil. edict. l. ule. ibi, siquidem pecuniariter agere velit. ff. de privat. delict. l. ule. ibi, poterit civiliter agere, ff. de furt. l. injuriarum 7. ibi, sed privatus contineri querelam C. de injur. §. in summa vers. Et si quidem civiliter, Inst. eod. tit. l. quod Senatusconsultum 6. ibi, privato agere judicio. Item ibi, quia ad privatam causam pertinet, l. constitutionibus 37. §. 1. ibi, illo civiliter moveri potest. d. l. 2. §. 1. ibi, quòd enim in privatis judicijs. ff. Stellionatus. l. 2. §. 1. ff. Si bonor. rapt. l. 1. §. ultim. ibi, ad examinationem civilem. ff. de abigeis. l. 11. §. 1. ibi, quo forenses quoque actiones. ff. de incend. ruin. naufrag. l. 1. §. 1. ibi, non solum in criminalibus, sed etiam in pecuniariis. l. 1. b. ff. de restib. l. interrogare 13. ibi, non solum in criminali causa, sed etiam in pecuniaria. C. de quæstion. l. properandum 12. in princ. C. de judic. l. 2. ibi, ad jus ordinarium remitti oportet. ff. de offic. rector. vide Duaren. *lib. 1. Antiquit. antiquor. vers. cap. 35. 36. & 37.* & eundem *ad tit. ff. de privat. delict.* & Cujac. *lib. 8. observ. cap. 33.* adde Vulteium *ad princip. Inst. de obligat. quæ ex delict. nascuntur. num. 7.*

7 Est autem delictum hoc, vel nominatum, vel innominatum. [a] Nominatum, veluti furtum, rapina, damnum, injuria: [b] de quibus ordine agemus. [c]

[a] Cujac. *ad paratit. ff. tit. Stellionat.* [b] *l. 4. ff. de obligat. & action. & §. 1. Inst. de furt.* quibus locis per metonymiam effecti, damnum significat ipsum maleficium. [c] *hac, & seqq. disputat.*

FUR-

FURTUM est delictum privatum, [a] fraudulosa [b] rei alienæ [c] contrectatione [d], lucri causa [e] facta, commissum. 8

[a] *l. infamem. 7. ff. de public. judic. in princ. & §. 1. & ult. ff. de priv. at. delict.* [b] *l. 1. §. ultim. ff. de furt. & §. furtum 2. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* [c] *§. furtum autem fit, Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* [d] *d. §. furtum est, ibi, est contrectatio. & §. furtum autem fit, 1. Instit. de oblig. quæ ex del. nasc. d. l. 1. §. ultim. l. quamvis 6, ibi, furtum contrectando fiat, l. ei, qui 9. in princ. ibi, assidua contrectatione l. eum, qui 14. §. Iulianus quoque, ibi. qui eam contrectaverit l. cum as 20. §. 1. ibi, & eam contrectavero l. Vulgaris 21. in princ. Vers. nam &, ibi, contrectaverit & §. seq. ibi, & contrectat, & §. item, si major is, ibi, ut contrectet, deinde contrectaret quasdam, & §. seq. ibi, quamvis id contrectare l. si quid 22. §. 1. ff. de furt. l. si quis 20. Vers. nobis itaque, ibi, res ejus contrectat C. d. tit.* Est autem rem contrectare, intercipiendi causa loco rem movere, etiamsi non auferatur à loco *l. 1. §. sic ut, ibi, si intercipiendæ causa. ff. de furt. l. 3. §. si rem 18. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. thesaurus 15. ff. ad exhib. d. l. Vulgaris 21. §. pen. ibi, quamvis id contrectavit nec tollere solus posset, & §. ultim. ff. de furt.* [e] *d. l. 1. §. ultim. ibi, lucri faciendi gratia. ff. de furt. & §. furtum, ibi, lucri faciendi gratia, Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. l. faciendi 8. §. 2. ff. arbor. furt. cæsar.* Quòd si alio quàm lucri faciendi animo quis rem alienam contrectet, furtum non facit. *l. Verum est. 39. l. qui injuria 53. in princ. ff. de furt.* An furtum jura naturæ sit prohibitum tradit. Cœpen. *lib. 2. observat. 67.* Dn. D. Besold. *part. 2. delibat. ad lib. 47. ff. quæst. 1. fol. mihi. 112.*

In furto autem spectamus, tum quis, cui, [a] furtum faciat: tum cujus rei furtum fiat: [b] tum etiam modum furandi: tum denique obligationem & actionem, quæ ex furto nascitur. 9

[a] *l. Falsus creditor 43. §. quòd si dominus. ff. de furt.* [b] *l. Verum 25. in princ. l. si in qui 75. ff. d. tit.* An furtum committatur qui suppresso authoris nomine aliena scripta suis inserit. vide Schules. *lib. 1. pract. quæst. 68.* Speckhan. *cent. 1. quæst. 88.*

Furtum facit, qui doli capax est, dum sciens rem alienam lucri causa contrectat. 10

l. impuberem 23. ff. de furt. & §. in summa, Inst. de obligat. quæ ex delict. nasc.

Infans ergo furtum non facit, impubes verò pubertati proximus furtum hactenus facit, si doli capax sit, ut furandi affectus in eum cadat. 11

per text. ad thesin præcedentem adscriptos. Vide Me *de furt. cap. 1. num. 4. & seqq.*

Hinc etiam qui duos sacculos surripit, unum decem, alterum vinginti, quorum alterum suum putavit, alterum scit alienum, hujus tantùm non etiam illius furtum facit. 12

l. Vulgaris 21. §. sed etsi quis, ff. de furt.

Si quis tamen suam putet rem, quæ est connexa pars rei alienæ principalis; veluti si alieni poculi ansam suam putet, vel alienæ mensæ pedem putet suum, vel lecti alieni fulcrum, totius rei principalis, atque ita etiam partis, quam suam putat, furtum facit. 13

d. l. Vulgaris 21. §. sed etsi ansam, ff. d. t. Iuris enim error non excusat *l. 4. l. error. 8. & l. seq. ff. de jur. & facti. ignor. l. quamvis 11. C. d. t.* Est autem juris errore ignorare partem rei principalis ejus esse, cujus per accessionem propria facta est, *per l. sed si meus. 26. §. 1. & l seq. in pr. ff. de adquir. rer. dom. l. tigni appellatione. 7. §. idem & si armario, ff. ad exhib. l. in rem 23. §. 2. si quis rei suæ, ff. de rei vindic. & l. cum autem 19. §. per veniamus & §§. seqq. ff. de aur. & arg. leg.*

Illi autem furtum fit, cui (ut habet Regula Iuris) invitò [a] res aliqua interci- 14

tercipitur; [b] sive dominus sit rei illius, sive ejus non sit dominus, sua tamen interest; rem non intercipi. [c]

[a] *l. si quis 20. Vers. nobis atque C. de furt. §. sed etsi credat. Inst. de obligat. qua ex del. nasc. l. falsus creditor 43. §. 1. l. inter 46. §. recte & §. seq. l. qui vas. 48. §. qui ex voluntate, ff. de furt.* [b] Ut contrectandi, sic & intercipiendi verbum juris conditores in hac materia commodè usurpant. *l. 1. §. si is, l. cum qui 14. §. si epistola, l. tutor 33. l. falsus creditor 41. §. 1. ff. de furt.* Ex quibus locis intelligitur, quòd furtum faciat non modò, qui alij invito rem ejus furripit, sed & qui ab alio volente rem illius accipit, ipso tamen invito intercipit eam, id est, in suum commodum vertit. [c] *§. furti autem actioni competit. & §. seq. Inst. de obl. qua ex del. nasc. l. itaque fullo 12. §. 2. l. qui actione 19. §. pen. & ultim. & l. seq. §. 1. l. sed si furripuit 28. l. si is cui 71. §. ult. l. is cujus interest 85. ff. de furt.*

15 Unde si credat aliquis invito domino se rem ejus contrectare, domino autem seriò volente id fiat, furtum fieri non dicitur.

dict. l. inter 46. §. per contrarium. ff. d. tit. & §. sed etsi credat. Instit. de oblig. qua ex delict. nasc. Nihil enim mutat existimatio subripientis. *l. ult. ff. expil. hæredit.*

16 Hinc etiam contrectatione rei legatæ, post testatoris, cujus ea propria fuit, mortem facta, furtum fit legatario.

l. si dominium 47. in fin. l. si is qui rem 66. §. 1. & l. interdum fur 56. in princ. Vers. sed etsi persona, ff. h. tit. Sed obstare videtur *l. is cujus interest 85. Vers. item is, cui, ff. eodem tit.* Vide Cujac. *in libr. 39. Pauli ad edict. pag. 247. & seq.* Obstare item videtur, quod et tantùm furtum fit, qui possidet. *l. 1. §. Sæ Vola, ff. si is qui test. lib. esse,* & scribit Cujac. *in lib. 11. quæst. Pap. pag. 289. & in lib. 26. quæst. pag. 32. & ad l. fegrasutam 17. §. ultim. ff. de præscrip. verb. & in d. lib. 39. Pauli ad edict. pag. 247. colum. 2.*

17 Pupillo item fit furtum à tutore, tum etiam adolescenti à curatore, & cuivis domino ab administratore alio.

l. tutor 33. ff. de furt. l. 2. in pr. ff. de tutel. & ration. distrah. quocirca & officiales, quibus administratio rerum permissa est, Schösser/Amptleuth/Vögt, furtum faciunt, in rebus quas administrant, si eas dolo contrectant, & commodi causa. Petr. Frider. Mindan. *lib. 2. de mand. jud. cap. 13. num. pen. & ult.* Unde errant ICC. Saxones *part. 4. consultat constit. Saxonic. quæst. 3.* Ubi negant tutorem & curatorem furtum facere. Vide Me *de furt. cap. 2. num. 120. & seqq.* Berlich. *part. 5. conclus 57.* Honded. *consil. 82. & 90. Vol. 2.* Cœpen. *lib. 2. obser. & ult.* Virgil. Pirgizer. *quæst. illustr. 47.* Vide Dn. D. Besold. *Vol. 2. consil. 24. & Vol. 3. consil. 141.* ubi de officiali agit.

18 Cujus interest rem non intercipi, est omnis ille, qui alienæ rei, quam tenet, custodiam præstare jubetur; qualis est conductor rei alienæ, [a] veluti fullo, qui curandi poliendavè vestimenta, & sarcinator, qui sarcienda vestimenta, mercede constituta, accepit: [b] Itemque caupo & nauta, qui salvum fore recepit. [c]

[a] *l. eum qui 14. §. qualis ergo, 16. ff. de furt.* [b] *l. itaque fullo 12. in princ. ff. d. t. §. item ff. fullo & §. fulloni vero Inst. de oblig. qua ex delict. nascuntur.* [c] *l. nec §. quòd si receperis. ff. Furti adv. naut.*

19 Ejusmodi quoque est creditor, cui furtum fit in pignore, si id ei furripiatur: [a] ut & mandatarius, cui in re mandata fit furtum: [b] itemque commodatarius, cui fit furtum in re commodata; [c] nisi dominus contra furem actionem furti elegerit. [d]

[a] *d. l. itaque fullo 12. §. sed etsi res pignori d. l. eum qui 14. §. Papinianus tractat. & §. seq. §. qualis ergo, l. cum ar 20. in princ. ff. eodem 4. §. Unde constat creditorem, Instit. de obligat. qua*

ex

ex delict. nasc. [b] *d. l. eum qui* 14. *§. idem Pomponius*, 8. *ff. d. tit.* [c] *d. l. eum qui* 14. *§. si res commodata & §. non solùm autem. & §. qualis l. qui vas* 48. *§. Sed ego, ff. eod. l.* 5. *in fin. ff. commod.* [d] *§. qua de fullone. Inst. de obligat. quæ ex del. nasc. l. ultim. C. de furt.*

Similiter & colono furtum fit, [a] atque illi etiam, qui numis colit fundum, si quis ei fructus stantes surripiat; siquidem fructus, quamprimum sunt decerpti, coloni esse cœperunt [b] 20

[a] *l. eum qui* 14. *§. præterea habent. ff. de furt.* [b] *l. si apes fere* 26. *§.* 1. *ff. d. t.* Siquidem re aliter utendo, quam accepta & concessa fuit, furtum fit. Speckhan. *cent.* 2. *class.* 3. *quæst.* 14. Gilhauf. *in arbor. crimin. cap.* 2. *tit.* 27. *nu.* 16.

Et furtum fit creditori, mandatario, conductori commodatario in re pignori data, mandata, conducta, commodata, etiam ab ipso domino rei, puta debitore, [a] mandatore, locatore, & commodatore; modò mandatarius, conductor & commodatarius ob aliquas impensas retentionem rei habuerint. [b] Idem etiam dicimus, si quis rem suam amoveat illi, qui ex donatione alterius eam possidet: modò ipsius donatarij interfit retinere possessionem; veluti si hominem donatum noxali judicio defendit, vel ægrum curavit, vel adversus vindicantem justam retentionem habeat. [c] 21

[a] *l. itaque fullo* 12. *§.* 2. *l. in actione* 19. *§. pen. & ult. & l. seq. in pr. l. si debitor* 79. *ff. de furt. §. aliquando autem etiam sua. Inst. de obl. quæ ex delict. nasc.* [b] *l. creditoris* 15. *§. ult. l. si is qui rem* 59. *ff. d. t.* [c] *l. qui injuria* 53. *§. ult. ff. eod. t.*

Bonæ fidei quoque emptori, ut & fructuario, furtum fit, non solùm ab extraneo, sed & ab ipso domino rei. 22

l. cum ex. 20. *§.* 1. *& l. furti sani* 74. *ff. eod. tit.*

Interdum tamen ei furtum non fit, cujus interest rem salvam esse: ut ecce creditori, etsi is aliunde creditum servare non possit, furtum non fit surreptione rei debitoris, quæ pignoris jure obligata non est: neque mulieri fit furtum in re dotali, sed ejus marito. 23

l. interdum accidit 49. *ff. de furt.*

Quòd autem de eo, cujus interest rem non intercipi, dictum suprà fuit, exaudiri ita debet, si ex honesta causa ejus interfit. [a] Vnde malæ fidei possessori furtum fieri negatur: [b] licèt casus sit, quo etiam furi furtum fiat. [c] 24

[a] *l. tum is* 11. *& l. qui rem* 76. *ff. hoc tit.* [b] *l. itaque* 12. *§.* 3. *ff. eodem.* [c] *l. qui vas* 48. *§. si ego tibi, ff. d. tit.*

De hinc cujus rei furtum fiat, dispiciemus. Ejus autem rei furtum fit, quę contrectari potest, ut est res mobilis, non etiam fundus. 25

l. Vulgaris 21. *§. certè si proponas & l. Verum* 25. *in princip. ff. de furt.* Cœpen. *lib.* 2. *obser. c.* 68.

Neque refert, res sit animata, vel anima careat. Nam & hominis furtum fit illi, in cujus potestate est, veluti filiæfam. [a] itemque servi; [b] tum etiam brutorum animantium, veluti armentorum & jumentorum, [c] puta boum & equorum, [d] Item gallinarum & anserum, [e] ac pavonum mansuetorum. [f] tum denique piscium ex piscina. [g] 26

[a] *l. cum qui* 14. *§. si filiusfam. l. mater filij* 18. *ff. de furt. facit. l.* 1. *§. per hanc autem ff. de rei vindic. & §. Interdum etiam, Inst. de obl. quæ ex del. nasc.* [b] *l. Qui vas.* 48. *§. ancilla & §. seq. l. si quis uxori.* 52. *§. si servus surreptus. l. ancill.* 60. *ff. de furt.* [c] *l. qui jumenta* 48. *ff. eod.*

Iumenta ab armentis differunt l. boves. 89. in princ. ff. de Verbor. significat. l. legatis servis 65. §. Iumentis. ff. de legat. 3. & l. asines ajunt 38. §. Iumentorum autem appellatione, ff. de Ædil. Edict. [d] *l. 1. §. abigei autem ff. de abigeis* [c] *§. Gallinarum. Instit. de rer. divis.* [f] *l. si à vicinem 37. ff. de furtis.* [g] Peinlich Halßgerichts-Ordnung. *Calol. V. art. 169. l. aut furta 16. §. Qualitas 7. ff. de pœnis.*

27 Ferarum autem animantium, quæ proprietate nullius sunt, furtum fieri negamus.

l. Si aper ferus 26. in princ. ff. de furtis. Furtum enim non fit, nisi fit, cui fiat, *l. falsus creditor 43. §. Quòd si dominus ff. d. t.* Vide Me *in tract. de furt. cap. 2. num. 99. & seqq.* Berlich. *tom. 5. conclus. 51.*

28 Rebus inanimatis, quarum furtum fieri dicimus, annumerantur quoq; arbores, lapides, arenæ & terræ fructus alij: [a] item lanx, & quod ab ea raditur; [b] tum etiam tabulæ sive cautiones, cæteraque instrumenta, & quod in ijs continetur, si aliæ probationes desint. [c]

[a] *l. Verum 25. §. ult. & l. seq. §. 1. ff. de furtis* [b] *l. Si quid fur. 22. §. ult. ff. d. t.* [c] *l. Qui 27. in princ. §. 1. & 2. §. fin. l. Sed si surreptus 28. l. Sed & si imaginem 31. §. 1. & l. seq. in princ. & §. 1. ff. cod. tit.*

29 Et licèt quis ignoret, cujus sit res, quam alicubi jacentem lucri faciendi causa aufert, furti tamen se obstringit; Nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit, ignoret.

d. l. falsus creditor 43. §. qui alienum quid jacens. ff. de furtis.

30 Vnde etiam earum rerum furtum fit, quæ facto naufragio alicubi dispersæ jacent, vel ex nave ejus levandæ & periculi effugiendi gratia ejectæ sunt hoc animo, ut si salvæ fuerint, recipiantur: [a] nisi piratica, aut hostilis fuerit. [b]

[a] *d. l. falsus creditor 43. §. Si jactum ex nave factum, ff. de furtis §. ult. Instit. de rer. divis.*
[b] *Auth. Navigia, C. cod. tit.*

31 Eadem est ratio illarum rerum, quæ de Rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt.

d. §. ult. vers. ult. Instit. de rer. divis.

32 Vt autem, qui jacentem rem tulit à furti suspicione & obligatione se liberet, proponat libellum continentem, invenisse, & redditurum se ei, qui desideraverit, & ostenderit rem esse suam: [a] quo tamen *invento*, id est, inventionis præmium non probè petit.

d. l. falsus creditor 43. §. Proinde videamus ff. de furtis, c. si quid inveneris 14. quæst. 5. Coepen. *decis. 9. lib. 1.* ubi aliquot notatu digna habet.

33 Quòd si non inveniatur is, cujus res inventa fuit, ex sententia D. Hieronymi Ecclesiæ vel pauperibus ea tribui debet.

c. Nemo quæ rapuit 14. quæst. 5.

34 Quod tamen pro derelicto habitum est, ejus furtum non fit, [a] etiamsi ex nave ejectum fuerit, sed animo derelinquentis: quod plerunq; credendum est, cùm ejiciens sciat periturum; [b] nisi periculi evitandi causa tempestate exorta ejectum fuerit. [c] Neque furtum fit hereditariæ rei: [d] quippe cùm nullius sint res hereditariæ, antequam aliquis heres existat. [e] Et rerum quæ nullius sunt, furtum fieri nequeat. [f]

[a] *dd.*

[a] *d. l. falsus creditor* 43. *§. Quod si Dominus ff. de furtis,* [b] *d. l. falsus, §. Si jactum ex nave fallum, ff. d. t.* [c] *d. §. ult. Inst. de rer. divis.* [d] *l. Hereditaria rei* 68. *cum duabus legib. seqq. ff. de furt. & l. 2. in princ. & l. ult. ff. Explicat. heredit.* [e] *l. 1. in Vers. Nam res hereditaria, ff. de divis. rer.* [f] *l. Si aper ferus* 26. *in princ. ff. de furtis.*

Est & illud hic notandum, quòd etiam rei minimæ furtum fiat: [a] tum 35
etiam rei communis. [b]

[a] *§. Gallinarum.* 16. *Vers. Ideoq;*, ubi gloss. Schneid. *num.* 2. Wesembec. *ibid.* ad Schneid. *& alij, Inst. de rer. divis. l. Aut facta* 6. *§. Quantitas, ff. de furtis, l. 1. §. Illud non interest, ff. de conjungendis. cum emancipat. liber. c. pen. & ult.* 14. *quæst. ultim.* Iul. Clar. post alios *lib. 5. sentent. §. furtum, num.* 23. Treutler, *Vol.* 2. *disput.* 30. *thes.* 1. Arumæus. *exercit. Instit.* 17. *thes.* 5. Menoch. *lib.* 2. *arbitr. judic. quæst. cas.* 27. *cent.* 1. *num.* 3. Farinac. *de furt. quæst.* 174. *num.* 71. *& seqq.* Wesemb. *in paratit. ff. h. t. nu.* 10. dissentit Zasius *Singul. Resp.* 26. ubi dicit, pro re minima prudentissimos Camera Assessores actionem facti non permittere. & Didac. Covar. *lib.* 1. *Variar. resolut. cap.* 3. *num.* 12. ubi scribit: quod hæc opinio, etiamsi frequentissima omnium calculo recepta sit, sibi nec placeat, nec placuerit unquam quem novissime sequitur Matth. Stephan. *cent.* 2. *quæst. jur.* 14. [b] *l. Si solitus* 45. *ff. h. t.*

Sequitur de MODO furandi; qui duplex est, formalis & accidentalis. 36
Formalis furti faciendi modus est, quo furtum est id, quod est, & ab alio delicto distinguitur; qualis est ipsa fraudulosa rei contrectatio, causa intercipiendi eam facta.

l. 1. §. ult. ff. de furtis & §. 1. Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.

Tria igitur ad constituendam & absolvendam furti formam conjunctim requiruntur: Ipsa rei contrectatio; fraus sive dolus contrectantis; & 37
animus intercipiendi & lucrandi causa rem, quæ contrectatur.

Contrectatio, id est, ipsamet motio rei, cùm sit necessaria, certè sola co- 38
gitatio furti faciendi non facit furem.

l. 1. §. furtum ff. de furtis. l. Vulgaris 21. *ff. d. tit.* Hinc si quis fortè faciendi furti causa condave alterius intret, nihil tamen in eo contrectet, furtum non facit.

Hinc etiam, si quis ex acervo frumenti modium duntaxat auferat, non 39
totius acervi, sed ejus tantùm frumenti, quod abstulit, fur est. Et qui dolium aperuit, ac parùm vini inde sustulit, non totius, sed illius tantùm, quod abstulit, furtum fecit.

l. Vulgaris 21. *in princ. ff. h. t. l. 1. & 2. ff. d. tit.*

Similiter, qui de nave onerata, aut ex pleno horreo sextarium duntaxat 40
frumenti, aut ex vinaria cisterna, vel nave vinaria, aliquot solùm amphoras vini sustulit, non totius frumenti, aut vini, sed ejus tantum, quod subtractum est, furtum admisit.

d. l. Vulgaris 21. *§. Sed si de nave, & §. seq. ff. h. tit.*

Hinc etiam, qui involucrum, quod tollere non potuit, solvit, ut contre- 41
ctaret res, quæ in eo sunt, deinde verò quasdam duntaxat contrectavit, singularum rerum, quas tulit, fur est, cæterarum non est: Si verò involucrum illud, puta vas totum tollere potuit, totius fur est, licèt solverit, ut singulas & quasdam tolleret.

d. l. Vulgaris 21. *§. si quis* 8. *§. Item majoris ff. de furtis.*

Hinc item furtum non facit, qui rem non contrectat, sed alii duntaxat 42
consilium dat, & hortatur eum, ad furtum faciendum; [a] nisi ex eo consilio & hortatu sequatur furtum. [b]

[a] *l. Qui servo 36. in princ. ff. h. t. §. Certè, qui nullum. Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc. facit etiam l. 4. vers. Nam ha. ff. de obligat. & act.* [b] *d. l. Qui servo 36. §. Item, si. ff. d. tit. & l. Si quis uteri 52. §. Neque verbo. ff. de furtis.* Berlich. *tom. 5. conclus. 55. per tot.* Is qui opem & consilium furtum faciendi dat quomodo puniatur. Vide Cœpen. *lib. 2. Observ. 72.* Modestin. Pistor. *quæst. 63.* Me *de furt. cap. 3. nu. 1. & seqq.*

43 Sic sola contrectatio rei ad furtum faciendum sufficit, nec opus est, ut res auferatur.

d. l. Vulgaris 21. in princ. vers. Nam & si quis & §. ult. ff. eod. tit. vide Petr. Gregor. Tholosan. *lib. 37. syntagm. jur. cap. 1. num. 9.*

44 Deinde quia ad furtum faciendum fraus, sive dolus contrectantis, ut dixi, desideratur, sequitur inde, furem non esse, qui tollit rem, quam pro derelicto habitam putat; [a] neque eum qui putavit, se domini voluntate rem attingere. [b]

[a] *l. falsus creditor 43. §. Sed si non fuit ff. h. tit.* [b] *l. Inter omnes 46. §. Rectè dictum est. ff. eod. tit. §. Placuit autem. vers. At si permissum. Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.* Berlich. *part. 5. conclus. practic. 44. nu. 56. & seqq.* Clar. *ad §. furtum. n. 21.* ubi Bajard. *in addit. nu. 80.*

45 Tertium (ut dixi) quod ad furti requiritur formam, est animus intercipiendi & lucrandi rem, quæ contrectatur. Unde furtum non facit, qui libidinis, non furandi causa meretricem, alienam ancillam rapuit, vel celavit: [a] ut nec ille, qui injuriæ causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ sint. [b]

[a] *l. Verum est 39. ff. de furt.* Obstat quod tradit Iul. Paul. *lib. 2. sent. tit. 31. de furtis §. qui meretricem.* [b] *l. qui injuria 53. in princ. d. t.*

46 Sive autem ipsius rei, sive possessionis tantùm, aut usus duntaxat intercipiendi & lucrandi causa quid contrectet aliquis, furtum facit.

l. 1. §. ult. ff. h. t. & §. Furtum est contrectatio. Instit. de obligat. quæ ex delict. nascuntur.

47 Rei intercipiendæ & lucrandæ causa contrectat, qui alienam rem, id est proprietatem cum possessione & usui sibi affectat: [a] qualis etiam est is, cui scienti ego ignorans rem meam quasi suam tradidi, modò lucrandi animo eam acceperit. [b] Item, falsus creditor, qui sciens indebitum accepit. [c] Falsus item procurator, qui nomine veri procuratoris accepit pecuniam à debitore creditoris. [d] Qui item rem, quam pignori accepit, cùm de vendendo pignore nihil convenisset: vendidit, aut ante venditionis diem id fecit. [e] Et qui pecuniam, quam ad aliquem perferendam à me accepit, parva quantitate ei numerata, reliquam in usus suos convertit. [f]

[a] *l. 1. in fin. ff. de furt. & §. Furtum est contrectatio. Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.* [b] *l. si jussu. 44. §. 1. ff. de furt.* [c] *l. falsus creditor. 43. in prin. ff. d. t.* [d] *d. l. falsus §. 1. l. si vendidero 80. §. falsus ff. eod. t. & l. falsus 71. C. eod. tit.* [e] *l. Si is qui pignori 68. ff. h. t.* [f] *l. Si is cui 7. C. h. tit.*

48 Possessionis intercipiendæ causâ rem contrectat debitor, qui creditori pignus datum aufert; [a] ut & dominus, qui [b] bonæ fidei possessori, propriam rem amovet [c]

[a] *Iul. Paul. lib. 2. sent. tit. 31. de furt. §. si rem quam ibi.* Cujac. *in lib. 39. Pauli ad Edict. pag. 212. ubi explicat. d. l. 1. ff. de furt.* [b] *l. Itaque fullo. 12. §. 2. l. in actione. 19. §. pen. & ult. & l. seq. in princ. l. si debitor. 79. ff. de furt.*

49 Usum intercipere & lucrari expetit ille, qui rem alienam sibi commodatam,

tam, vel apud ſe depoſitam, vel pignori ſibi datam, invito domino in alium uſum, quàm cujus gratiâ data eſt, vertit.

§. furtum autem fit. Verſ. Itaq; ſi ſit creditor. Inſtit. de Oblig. quæ eſt delict. naſcuntur l. ſi pignore. 54. in prin. l. qui jumenta. 40. l. qui re. 76. in prin. ff. de furt.

Eſt & illud hîc tenendum, quod qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucrifaceret, tametſi mutato conſilio id domino poſtea reddidit, fur nihilominus eſt; nemo enim tali peccato pœnitentia ſua nocens eſſe deſiit. 50

l. qui ea mente. 65. ff. de furt. & l. pen. ff. Si bonor. raptor. Franciſc. Vivius *deciſ. Neapolit. 146.*

Ex prædictis & illud patet, quòd creditor, qui rem pignori ſibi obligatam debitori ſuo aufert: ſi quidem non lucrifaciendi cauſa id faciat, ſed ut pignori ſuo incumbat: furtum non admittat. 51

l. cum creditor 55. ff. de furt. Incidit tamen in pœnam juris communis (*de quæſtion. extat. ff. de eo quod met. cauſ.*) vid. Joſeph. Ludovic. *deciſ. Lucenſ. 1.* Secus eſt in debitore creditori pignus ſubducente. Johan. Vaud. *lib. 1. Var. quæſtion. quæſt. 35.*

Vt & illud, quod qui eo conſilio arcam fregit, ut uniones tantùm tolleret, hoſq; furti faciendi cauſa contrectarit, eorum duntaxat furtum facit, non etiam earum rerum, quas, ut ad uniones perveniret, ſepoſuit; atque ita contrectavit. 52

l. ſi quid fur 22. ff. de furt.

Accidentalis [a] furandi modus eſt, quo furtum vel manifeſtò fit, vel nec manifeſtò: unde furtum vel manifeſtum, vel nec manifeſtum; & fur manifeſtus, vel nec manifeſtus. [b] 53

[a] Affectio furti ex ejus accidente ideo notanda eſt, quod alia atque alia pœna furto ob ejus accidens propoſita eſt, ut infra oſtendetur. [b] *l. 2. 3. 4. l. 7. l. 8. l. Vulgarii 21. in prin. Verſ. nam & ſi quis l. Is qui opem 34. & l. ſeq. ff. de furt. l. de his 11. C. eod. t. §. furtorum autem duo ſunt genera. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.*

Manifeſtum furtum, Ein offner Diebſtal/ eſt, cùm fur antequam ſe reciperet, quò eo die deſtinaverat manere, deprehenſus cum re furtiva fuit, vel à domino, vel ab alio in publico, vel privato; nec manifeſtum, ein heimlicher Diebſtal contrà. 54

per text. ad præced. theſ. adſcriptos. Vide me *de furt. pœn. cap. 1. nu. 109. & ſeqq.* adde Dn. D. Beſold. *part. 2. delibat. ad lib. 47 ff. quæſt. 2. pag. m. 113.*

Deprehenſum accipimus & eum, quem ad comprehendendum quis accurrit, vel ei ſaltem cum teſtificatione acclamavit, licèt non ceperit: [a] unde & raptor fur manifeſtus eſt. [b] 55

[a] *d. l. Si quis 7. §. ſed Celſus ff. h. t. §. furtorum autem duo. Verſ. Imò ulterius. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* Cujac. eleganter *in lib. 12. quæſt. Papin. pag. 331. & lib. 11. obſerv. cap. 38.* Peinliche Halßgerichts Ordnung Kayſer Carls deß *V. artic. 175. & ſeq.* [b] *l. ſi vendidero. 8. §. cum raptos ff. de furt.*

Contingit autem quandoq;, ut quis manifeſtus, & nec manifeſtus fur ſit rei ejuſdem: ut ſi quis armarium, quod tollere non poterat, aperuerit, & omnes res, quæ in eo erant, contrectaverit, atque ita diſceſſerit, deinde reverſus unam ex his abſtulerit, & antequam ſe reciperet, quò deſtinarat, deprehenſus fuerit. Sed & qui ſegetem luce ſecat & contrectat, ejus quod ſecat manifeſtus, & nec manifeſtus fur eſt. 56

d. l. Vulgarii 21. in prin. Verſ. nam & ſi quis, & Verſ. ſeq. ff. de furt.

57 Accidit item aliquando, ut unius furti sociorum unus manifestus, alter nec manifestus fur sit. Is enim, qui opem furtum facienti fert, nunquam manifestus est: is autem, cui ille opem tulit, si deprehensus est, fur est manifestus.

l. Is qui opem 34. ff. h. t. & l. ult. C. de noxal. action.

58 Est item accidentalis furandi modus, quo furtum fit, vel interdiu, vel noctu: unde furtum aliud diurnum, aliud nocturnum: & fur alius diurnus, alius nocturnus.

l. si pignore 54. §. furem interdiu. 2. ff. de furt. l. furem nocturnum. 9. ff. ad l. Corn. de Sicar. l. 4. §. 1. ff. ad L. Aquil. Peinlich Halßgerichts Ordnung. *Carol. V. Artic.* 167. Vide Cujac. *lib.* 11. *observ. cap.* 19. *&* 27. *& lib.* 14. *cap.* 16. de Furto Nocturno Peguera. *decis.* 26.

59 Est & ille accidentalis furandi modus, quo furtum fit à domestico, ut si conjunx conjugi suo quid amoveat; quod furtum rerum amotio appellatur: [a] vel si filiusfam. vel servus patri, vel domino furto quid auferat. [b]

[a] *l. si quis uxori 52. in princ. & §. 1. & 2. ff. de furt. & tot. tit. ff. & Cod. Rer. amot. ar.* Peinlich Halßgerichts Ordnung/ *Caroli V. Artic.* 165. [b] *l. ne cum filiofam. 16. & l. seq. ff. de furt.* vide Me *de furt. cap. 2. nu.* 146. Menoch. *lib. 2. arbitr. cent. 4. cas.* 347. Boer. *decis.* 316.

60 Similiter accidentalis quidam furandi modus est, cum ex incendio, ruina, naufragio, vel rate aut nave expugnata, res aliqua amovetur. [a] Item cùm furtum fit cum effractione vel adscensione, vel adhibitis armis: [b] tum etiam si fiat furtum ope consilio alieno, qui non minùs quàm qui furtum facit. [c] Et si prima jam vel secunda, vel tertia vice quis furtum faciat. [d]

[a] *l. si cum 18. junct. Auth. Navigia. Cod. de furt. & l. 3. §. non solùm & §. seq. ff. de incend. ruin. naufrag. l. si pignore. 54. §. qui ferramenta. ff. de furt. §. ope & consilio Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* [b] Peinliche Halßgerichts Ordnung. *Caroli V. Artic.* 159. Vide Me *de furt. cap. 2. num.* 180. [c] Consilium furtivum dare videtur, qui persuadet & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adjutorium ad furripiendas res præbet, *l. is qui opem 34. l. In furti 50. §. ope consilio, & §§. seqq. ff. de furt. §. Interdum quoque & §. seq. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. l. Neratius 11. §. quamvis ff. de serv. corrup.* Berlich. *tom. 5. conclus. 54. & seqq.* [d] Keyser Carls deß V. Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *Artic.* 160. 161. *&* 162.

61 Restat obligatio & actio, [a] quæ ex furto nascitur. Obligatio furti est, quâ fur astringitur necessitate solvendi id, quod ob furtum suum debet: [b] cujus nomine duplex comparata est actio: actio furti, & condictio furtiva. [c]

[a] Delictum hoc parit obligationem *§. sequens divisio. Inst. de obligationib. junct. prin. tit. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* & ea obligatio actionem parit, *per l. licet. 42. §. ex obligatio ff. de procurator.* [b] *per §. 1. Inst. de oblig. junct. tot. tit. ff. & C. de furt. & tot. tit. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* [c] *§. furti actio. Inst. d. t. & tot. tit. ff. de condict. furt.*

62 In utraque illa actione res furto ablata demonstrari debet, ut intelligi possit. De pondere vasorum non est necesse loqui, sed sufficit dici, lancem, vel pateram. Materia tamen adscribenda est, utrùm argentea, an aurea, vel quæ alia sit. Quòd si quis argentum infectum petat, & massam argenteam dicere, & pondus ponere debebit: signati verò argenti vel auri numerum cõplecti, veluti aureos tot plureſve furto sibi abesse. Quòd si de veste agatur,

tur, color ejus dicendus eſt: ſi tamen juret actor pro certo colorem ſe dicere non poſſe, remitti ei hujus rei neceſſitas debet.

[a] *l. in actione 19. ff. de furt.* De pondere eſt etiam *text. in l. qui ſtas 48. prin. ff. d. tit.*

Actio furti eſt, quâ pœnam furti perſequimur: [a] eaq; civilis eſt, vel cri- 63
minalis, [b] etiam ex conſtitutionibus Friderici Imp. [c] & Imp. Caroli V. [d]

[a] *§. ex maleficijs. & §. ſeq. Inſtit. de act. & d. §. furti actio. Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſc. l. ſi pignore 54. §. cum furti actio. ff. de furt.* [b] *l. ult. ff. d. t. & l. ult. ff. de priv. delict.* [c] *tit. 53. §. Injuria ſeu furtum, lib. 2. feud.* [d] In der Peinlichen Halsgerichts Ordnung *artic. 157. & ſeq. & artic. 160. Tit. De pace tem. inter ſubd. in pr. verſ. Injuria ſeu furtum, lib. 2. feudor.*

Furti actio civilis eſt, quâ actor furti pœnã pecuniariam ſibi petit: [a] quæ 64
vel dupli eſt, ſi furtum nec manifeſtum ſit, vel quadrupli, ſi manifeſtum ſit furtum. [b] Illa civilis eſt ex l. 12. tab. [c] hæc prætoria. [d] Et duplum, item quadruplum totum pœna eſt, nec ei ineſt rei perſecutio. [e] Sed rei verum pretium duplabitur, vel quadruplabitur, non quod intereſt. [f]

[a] *l. ult. ff. de furt. & text. ad theſin 6. ſupra adſcriptus ſub lit. A.* [b] *§. pœna manifeſti, Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc. §. in duplum, & §. quadrupli autem Inſtit. de Actionib.* Peinliche Halsgerichts Ordnung/ *artic. 157. ibi,* dem beſchedigten den Diebſtal mit der zwyfalt zu bezahlen/ *& artic. 158. ibi,* Daß er dem beſchädigten den Diebſtal vierfältig bezahlen ſoll. [c] *per §. ſunt autem. Inſtit. de Noxal. act. l. ſi pignore 54. §. furem. ff. de furt. l. 4. §. 1. ff. ad l. Aquil.* Hotom. & Weſemb. *ad d. §. pœna manifeſti Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* Idem Weſembec. *in parat. ff. de furt. nu. 14.* diſſentit Eguinar. Baro *ad d. tit. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc. d. §. furti quoq; manifeſti Inſt. de perpet. & tempor. act.* [e] *§. quadruplum autem. Inſt. de vi bon. rapt. §. furti actio Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc. & l. ſi pignore 54. §. cum furti actio ff. de furt.* Vndè licèt actor abſtulerit furi rem furtivam, nihilominus hanc habet actionem ſalvam, *l. qui ſtas 48. in princ. ff. d. t.* [f] *l. in furti actione 50. ff. d. t.*

Creditori autem actio furti in ſummam pignoris non debiti competit: 65
ſed ubi debitor ipſe ſubtraxit pignus, in ſummam pecuniæ debitæ, & uſurarum ejus furti convenitur. [a] Et ſi tabulæ vel cautiones ſint amotæ, non tantùm precium ipſarum tabularum, ſed & ſumma, quæ in illis continetur, duplicatur vel quadruplicatur, modo debitum aliundè probari non poſſit. [b]

[a] *l. creditori 87. ff. h. t.* [b] *l. qui tabulas 27. & l. quidam 12. ff. eod. tit.*

Quod ſi duo pluresvé unum tignum furati ſint, quod ſinguli tollere 66
non potuerunt, ſinguli in ſolidum furti tenentur.

d. l. Sulgarii. 21. §. pen. ff. de furt. l. ita vulneratus. 51. §. ult. ff. ad l. Aquil. Vide Hotom. *lib. quæſt. illuſt. quæſt. 33.*

Eſt autem perpetua hæc actio tàm manifeſti, quàm nec manifeſti furti. [a] 67
Contra heredes tamen furis non datur, [b] niſi lite cum ipſo fure conteſtata. [c]

[a] *l. ſi cum quis. 41. §. Quamdiu ff. de furt. §. furti quoq; manifeſti, Inſt. de perpet. & temporalib. actionib.* [b] *§. non autem omnes. Inſtit. d. t. l. Sicuti pœna. 38. l. pupillum. 111. §. In heredes. ff. Reg. Jur.* [c] *l. omnes. 26. & l. pœnalia. 125. ff. d. t. l. un. C. Ex delict. defunct. in quantum hered. conſen.*

Ejus tamen, cui furtum factum eſt, heredi, ut & bonorum poſſeſſori: 68
itemque patri adoptivo & legatario conceditur hæc actio.

l. ſi dominium 47. ff. de furt.

Quod ſi quis tignum alicui ſubtraxerit, idq; ſuis ædibus junxerit, actio 69

de tigno juncto in duplum competit: [a] cui duplo etiam ſimplum ineſſe dicimus. [b]

[a] *l. 1. in princ. ff. de tign. junct. l. adeo 7. §. cum in ſuo verſ. nec tamen ff. de adquir. rer. dom. l. in rem 23. §. tignum ff. de Rei vind. §. cum in ſuo. Inſt. de Rer. diviſ.* [b] *per d. §. cum in ſuo verſ. quòd ſi aliqua. Inſt. d. t.*

70 Sed hæc de tigno juncto actio, an etiam in duplum competat adverſus eum, qui bona fide tignum alienum ædibus ſuis junxit, controverſum eſt. Nos id affirmamus.

Tum per *tex. in d. l. in rem. 23. §. ſignum ff. de Rei vindicat.* tum per generalitatem tex. *in d. §. cum in ſuo. Inſtit. de Rer. diviſ. & d. l. adeo 7. §. cum in ſuo ff. de adquir. rer. dominio.*

71 Quod ſi autem ex incendio, ruina, naufragio, vel rate aut nave expugnatares aliqua dolo malo ſit amota, tunc intra annum utilem ei, cui res abeſt, quadrupli: poſt annum in ſimplum actio prodita eſt: [a] quę heredibus etiam datur, non etiam in heredes, niſi quatenus ad eos pervenit. [b]

[a] *l. in eum qui 18. C. de furt. & l. 1. in princ. & tot. tit. ff. de Incend. ruin. naufrag.* [b] *l. 4. §. fin. ff. d. t.* Dn. D. Beſold. *part. 2. delibat. ad lib. 14. ff. tit. 2. quæſt. 1. fol. 90.*

72 Nocturnum quoq; furem occidere impunè licet, [a] clamore ſcil. adhibito, licèt is telo ſe non defendat; [b]

[a] *l. 4. §. 1. ff. ad l. Aquil. c. 3. extra de homicid.* obſtare videtur. *l. furem 9. ff. ad l. Corn. de Sic.* Sed ibi verba: ITA DEMUM, ſignificant idem, QUOD OMNINO, ET SINE OMNI DUBIO, ut & alibi in probatis autoribus, *& l. 9. §. 4. ff. ad exhibend.* vide Cujac. *lib. 11. obſer. cap. 27. & lib. 14. c. 15. & in lib. 12. quæſt. Papin. p. 9. 331.* [b] *l. ſi pignore 54. §. furem ff. de furt. & d. l. 4. §. 1. verſ. Interdiu ff. ad l. Aquil.* Furem autem interdiu deprehenſum non aliter poſſum occidere, niſi ſe telo defendat. *l. 54. §. 2. ff. h. t.* contra *l. 5. in pr. ff. ad L. Aquil.*

73 Eſt & illa furti pœna, quod fur etiam hac civili actione condemnatus, infamia notatur. [a] Nec poteſt Iudex efficere, ut furem non ſequatur infamia. [b]

[a] *l. §. Ex quibuſdam. Inſt. de pœn. temerè litig.* [b] *l. non poterit 63. ff. de furt.*

74 Quòd ſi domeſticum ſit furtum, veluti ſi filiusfam. patri ſuo furtum fecerit, vel ſervus ſuo domino, ceſſat furti actio: [a] licèt utili actione pater ſuum filiumfam. convenire poſſit, ſi hic caſtrenſe, quaſi caſtrenſe, aut adventitium peculium habeat. [b]

[a] *Ne cum filiofamil. 16. & l. ſeq. in princ. ff. de furt.* [b] *l. ſi quis uxori 25. §. ſed ſi filius, ff. d. tit.* De furto domeſtico vide Berlich. *rem. 5. concluſ. 54. per tot.*

75 Item is, cujus ope conſilio furtum factum eſt, ſemper dupli actione tenetur, nunquam quadrupli.

l. Is qui opem 34. ff. h. tit. & l. ultim. C. de noxal. act. Et hujus actionis hæc olim formula fuit: Ope conſilio tuo furtum factum eſſe aio. *l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi quis de manu, ff. ad l. Aquil.* Cœpen. *lib. 2. obſerv. 72.* Modeſt. Piſtor. *quæſt. 63.* Gilhauſ. *in arbor. criminal. tit. de furt. num. 19.*

76 Similiter ſi libertus patrono, vel cliens, vel mercenarius ei, qui eum conduxit, furtum fecerit leve, furti actio non naſcitur.

l. ſi libertus 19. ff. de furt. & l. perſpiciendum 11. §. 1. ff. de pœnis.

77 Neque etiam conjunx conjugem actione furti conſtante matrimonio admiſſi convenire poteſt, [a] ſed ejus vice habet actionem rerum amotarum, [b] in id duntaxat, ut res reſtituatur, etiamſi ea ad conjugem non pervenerit. [c]

[a] *l. prær.*

[a] *l. Vxor. 5. ff. Expil. hered. & l. ſi quis uxor 52. §. 1. ff. de furt.* Sic pendente & nondum deciſa matrimonii quæſtione, accuſatio furti interea ceſſare debet Robert. *rer. judicat. lib. 2. c. 12.* [b] *d. l. ſi quis §. Ipſa quoq; ff. d. t. & tot. tit. ff. Rer. amot.* [c] *l. & ſi divortij 19. ff. d. tit.*

Et quia rei perſecutoria hæc actio eſt, licèt ex delicto naſcatur, non modò heredibus, [a] ſed & in heredes competit: [b] Sed quantum ad eos pervenit. [c] 78

[a] *l. ſi mulier 21. §. pen. ff. Rer. amot.* [b] *l. contra unum 6. §. Item, heres mulieris, ff. d. tit.* [c] *l. ult. C. eod. tit.*

Sequitur de condictione furtiva, quæ eſt, quâ quis rem [a] ſibi furto ablatam, vel ſi non extet, ejus æſtimationem, [b] cum fructibus, [c] & intereſſe [d] à fure, vel ejus herede [e] reſtitui petit. 79

[a] *l. ſi pro fure 7. §. 1. ibi, condictionem ipſam, & §. 2. ibi, quia rei habet perſecutionem, l. in re 8. in princ. ibi, ipſorum corporum competit, ff. de condict. furt.* [b] *d. l. in re 8. in princ. & §. 1. ff. d. tit.* [c] *d. l. in re 8. §. ult. ff. eod.* [d] *l. 3. ff. d. t.* [e] *l. 2. l. 5. ſi pro furte 7. §. ult. l. in condictione 9. ff. eod. tit.* Paul. Chriſtinæ. *deciſ. Belgicar. Vol. 3. deciſ. 12.*

In æſtimatione autem rei furtivę ampliùs non exiſtentis ſpectamus tempus, quo ea res unquam plurimi fuit. 80

d. l. in re 8. §. 1. ff. de condict. furt. Schneidew. *ad §. ſic itaque diſcretis. Verſ. plane autem furum. Inſt. de obl. quæ ex delict.*

Et heres furis etiam in ſolidum tenetur, non in id tantùm, quod ad eum pervenit. 81

l. ſi pro fure 7. §. 2. Verſ. ſed eſſi, ibi, vel non apud ipſum. & l. in condictione 9. ff. de condict. furt. & ibi, Weſemb. *in parat.* Gomez. *tract. Var. reſolut. Tom. 3. cap. 1. n. 85.* Hartman. Piſtoris *lib. 1. quæſt. Iur. quæſt. 27.* Petr. Faber *ad l. Secuti pœna 38. num. 20. & l. ad ea 157. §. ult. ff. de Reg. Iur. &* Ant. Fab. *lib. 4. conject. cap. 1.* Diſſentit Cujac. *lib. 7. obſerv. cap. 23. & lib. 13. cap. 37.*

Eſt autem duplex hæc condictio, certi & incerti: [a] illa datur ſoli domino, cui furtum factum eſt: [b] hæc ſoli poſſeſſori, veluti creditori, cui pignus furto ablatum eſt. [c] Itemque commodatario, [d] ut & bonæ fidei poſſeſſori. [e] 82

[a] *l. & ideò 12. §. ult. ff. de condict. furt.* [b] *l. 1. ff. d. t.* Cujac. *in parat. C. tit. eodem, & in lib. 9. quæſtion. Papin. pag. 222. col. 1. & in lib. 39. Paulo ad edictum, pag. 247.* [c] *d. l. & ideo 12. §. ult. ff. eodem tit. & l. ſi pignore 22. in pr. Verſ. multò magis, ff. de pign. act.* [d] *per l. ult. §. ſed cum in ſecundam, ibi, non tantùm in rem furti &c. am. C. de furt.* Iohan. Vaud. *lib. 1. quæſt. 34.* [e] *per l. 2. in fin. ff. de Condict. tritic. l. Verùm eſt. 25. ibi, poſſe condici poſſeſſionem, ff. de furt.* Cujac. *in lib. 9. quæſt. Papin. pag. 222. col. 1. &* Iohan. Vaudus *d. quæſt. 34.*

Quòd ſi quæras de cauſa hujus actionis, an ſc. ex delicto ſit, vel habenda in numero earum actionum, quæ ex variis cauſarum figuris natæ dicuntur? [a] Reſpondemus ex maleficio eam natam eſſe, [b] licèt aliis ſecus videatur. [c] 83

[a] *in l. 1. in princ. ff. de oblig. & act.* [b] *l. ſi ambo 10. §. quotiens. ff. de compenſat. & l. ſi mulier 2. §. hac actio. ff. de act. rer. amotar.* Donell. *ad §. ſequens illa diviſio, n. 10. Inſt. de action.* [c] vide Iaſon. *ad l. 7. §. fin. ff. de condict. furt.* & Ang. *ad §. 1. Inſt. de act.* Vultei. *ad §. ex maleficiis, n. 3. Inſt. de actionibus.*

Eſt & illud hîc monendum, quòd cum actione furti, & condictione furtiva concurrit etiam rei vindicatio, [a] & actio ad exhibendum. [b] Item publiciana in rem actio. [c] 84

[a] *d.l.ult. Inſtit. de obligationibus, quæ ex delict. naſc. l. furti §. 12. ibi, Vel adverſus poſſidentem. l. furti 15. l. quamvis 17. C. de furtis.* [b] *l. ſi profure 7. §. 1. ff. de condict. furt. l. hoc amplius 29. ff. de furtis.* [c] *Per §. ſed iſte quidem. Inſt. de act. & l. quæcunq; 13. in princ. & Tot. tit. de public. in rem act.* Excellentiſs. Dn. Beſold. *part. 2. deliber. fol. m. 123. quæſt. 7.*

85 Et licèt furti actum ſit, ſalva tamen eſt rei vindicatio, itemque publiciana in rem actio, ut & condictio furtiva. [a] Sed ſi actum ſit condictione furtiva, quâ recepit actor rem furtivam, aut ejus æſtimationem, omninò abſolvendus eſt Reus à rei vindicatione & publiciana in rem actione: aut ſi petitor paratus ſit reſtituere æſtimationem acceptam, & rem ipſam petere malit, audiendus erit: quo caſu ſi res ipſa furtiva non reſtituatur, quantum in litem actor juraverit, damnandus eſt ei poſſeſſor. [b]

[a] *l. ſi pignore 54. §. cùm furti 5. de furtis.* [b] *l. ſi qui 9. ff. d. t.*

86 Et vindicationem, aut publicianam in rem actionem ſtringere quis poteſt, non modò contra ipſummet furem, ſed & quemvis etiam bonæ fidei poſſeſſorem [a] rei furtivæ, etiamſi magiſtratus fuerit, cui ea res tradita fuit, non obſtante loci contraria conſuetudine. [b]

[a] *l. 2. C. de furtis.* [b] Keyſer Carl deß V. Peinliche Halsgerichts Ordnung/ *articul. 209. & ſeqq.*

87 Supereſt, ut de actione furti criminali agamus. Criminalis furti actio, ſive accuſatio [a] eſt, qua actor furem, ad Iudicis criminalis tribunal ductum, [b] arbitraria animadverſione coerceri petit. [c]

[a] Criminalis actio etiam accuſatio dicitur. *l. 3. ff. de extraordinar. criminibus. & l. 1. Cod. de exuſat. tutor.* Ipſa tamen accuſatio generali actionis appellatione continetur, *l. 1. & rubr. C. quando civilis act. criminali præjud. d. l. ult. ff. de furt. l. 3. ibi, ut veniant ad cauſam agendam, C. de his, qui accuſare non poſſ.* [b] *l. interdum. 56. §. 1. ff. de furtis. l. 1. in pr. ff. de offic. præſ. urbi. & l. pen. ff. de condict. cauſa dat.* [c] *l. ult. ff. de furtis, & l. ult. ff. de priv. delictis.*

88 Sed an hoc criminale furti judicium publicum hodie ſit, ex nova Caroli V. Conſtitutione pœnali: an verò adhuc ſit extraordinarium, in quæſtionem vocatur? [a] Nobis nec eo jure novo publicum videtur. [b]

[a] Vide Iaſon. *ad l. cum ſervus. num. 4. ff. de condit. cauſa dat. cauſa non ſecut.* & Boſſium *in practic. criminal. Tit. de furt. num. 59.* [b] Cùm enim nova illa Imperiali conſtitutione publicum eſſe ſpecialiter non jubeatur, veteri Iuſtinianeo jure extraordinarium dicendum erit, *per l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat.* Neque obſtat, quod hoc furti judicium, accuſationem habet, & in eo crimen vertitur. Non omne enim judicium, quod accuſationem habet, publicum eſt, *l. 3. ff. de extraord. criminib.* Nec omne judicium, in quo crimen vertitur, eſt publicum, ſed illud tantùm, quòd ex legibus publicorum judiciorum venit. *l. 1. ff. de public. judic. l. 4. §. 1. C. de hæreticis, & Manichæ.* Nihil quoque obſtat, quod ex nova illa ſanctione fures quidam ultimo afficiuntur ſupplicio. Nam & extraordinario judicio pulſati quidam ultimo coercentur ſupplicio, vel alio capitali pœna, *d. l. penultim. ff. de condict. cauſa non ſecut. l. 3. §. adverſus 23. & l. ultim. ff. de ſepulchr. Violat. l. 4. C. eodem.* Arum. *Exercit. Inſtin. 17. theſ. 3.* Ego *in tract. de famoſ. libell. cap. 5. num. 26.* Berlich. *part. 5. concluſ. 43. nu. 12. & ſeqq.* Menoch. *de arbitrar. judic. quæſt. lib. 2. cent. 4. caſ. 295.*

89 Variè autem pro qualitate furti plectitur fur, qui in criminale judicium deductus, & de furto convictus fuit. [a] Qui enim occultè, & ſine armis, ſine effractione, ſine adſenſione furtum admiſit, Iuſtiniani conſtitutione caſtigari jubetur. [b] Sanctione Carolina, ſi hujuſmodi furtum primũ ſit & leve,

infra

infra florenos quinque, duplo rei ablatæ punitur: quam pœnam ſi ob inopiam ſolvere non poſſit, carceris coercitionem ſuſtinere jubetur: ita tamen, ut ad minimum etiam læſo reſtituat ſimplum, & religiosè affirmet, nullo unquam ſe tempore ulturum hanc coërcitionem. [c]

[a] *l. aut fuſt. §. 16. 5. tempus, & ſeq. ff. de pœnis.* [b] *Auth. ſed novo jure. C. de ſervis fugitivis.* [c] Peinliche Halsgerichts Ordnung Keyſer Carls/ deß V. *artic.* 157. Omnino videndus Excellentiſs. Dn. D. Beſold. *part. 2. delibat. fol. m.* 117. Num verò fur alibi quam in loco delicti puniri poſſit ſi reperiatur cum rebus ſubtractis, an verò ad locum delicti ſit remittendus. de qua quæſtione vide Me. *in tract. d. pœn. furt. cap.* 3. *num.* 20. *& ſeqq.* Gail. 1. *de Pac. public. cap.* 16. *num.* 30. *& ſeqq.* Covarr. *lib.* 2. *Var. reſolut. cap.* 20. *num.* 15. *in fin. & pract. quæſt. cap.* 11. *num.* 9. Farinac. *de inquiſit. quæſt.* 7. *num.* 7.

Quòd ſi autem manifeſtus ſit fur, & prima jam vice furtum admiſerit, 90
minus tamen quinque florenis, ſed abſque effractione aut adſcenſione, ex Carolina conſtitutione, pœna ejus eſt in famoſa columna publicatio, item caſtigatio, & relegatio, cum juratoria de non offendendo in perpetuum affirmatione. Quòd ſi autem de eo ſpes ſit corrigendi mores & vitæ melioris, poteſt judex ex permiſſu magiſtratus eum civiliter condemnare, ita, ut læſo furtum quadruplo reſtituat: aut ſi ob egeſtatem pecuniariam pœnam exſolvere nequeat, carceri eum aliquandiu mancipet, & cùm ex eo emittitur, juratoriam de non offendendo promiſſionem ab ipſo exigat.

Peinliche Halsgerichts Ordnung Keyſer Carls deß V. Artic. 158. Matth. Berlich. *part. 5. pract. concluſ. 43. num. 12. & ſeqq.*

Sin ad furtum faciendum ferramentis effractum ſit oſtium, vel armariũ, 91
aut ſcalis ad adſcenſum uſus ſit fur, vel etiam armis; ſive interdiu, ſive noctu furtum ſit factum; ſive prius, ſive alterum, ſive item leve, ſive magnum ſit furtum; viro in furca ſuſpenſo halitus laqueo impediri: fœmina verò immerſione in aquam, & ſuffocatione coerceri, aut pro conditione perſonæ, & arbitrio Iudicis aliter puniri debet: puta gladio, vel oculorum evulſione, vel manus unius amputatione, vel aliter.

Authent. ſed novo jure. C. de ſervis fugitivis. Peinliche Halsgerichts Ordnung Keyſer Carls/ Artic. 159. Sed an pœna ſtrangulationis furto juſte ſit impoſita. vide Dn. D. Beſold. *part. 2. delibat. fol.* 115.

Friderici quoque conſtitutio [a] furem ſuſpendi jubet, ſi quinque ſolidos 92
aut plus fuerit furatus: Sin minus ſcopis & forcipe excoriari & tundi. Unde quæſitum eſt, quid ſolidus ſit in ea conſtitutione? Alii [b] ſolidum ibi pro Vngarico accipiunt: alii [c] pro aſſe ſive groſſo Miſnico: quæ poſterior interpretatio videtur probabilior. [d]

[a] *Tit. 27. §. Si quis quinque. libr. 2. feud.* [b] Weſenbec. *in Paratit. ff. de furtis, num.* 15. vide & Bernhard. Wurmſerum, *lib. pract. obſervat. Tit.* 49. *de verborum ſignificat. obſervat.* 11. [c] Iohannes Borcholt. *in Commentar. in tit. de pact. cap.* 2. *in ſecund. pactor. deciſ. num.* 14. [d] *dict. Tit.* 27. *§. ſi quis ruſticus, ibi, vel arma tollat, vel viginti ſolidos pro ipſis recipiat, libr.* 2. *feudorum.* Non obſtat, quòd iniquum videatur, pro quinque ſolidis vulgaribus furem ſuſpendi. Nam ea Friderici conſtitutio, non loquitur de ſimplici furto, ſed cui fractæ pacis crimen ineſt, Vti Rubrica arguit, & tradit Angel. *Tractat. de maleſic. in verb. Et veſtem cæleſtem, num.* 12. Alvarot. *ad dict. §. Si quis quinque ſolidos, num.* 1. Salicet. *num.* 5. & Sichard. *num.* 15. *in Auth. Sed novo jure, C. de*

ſervis fugitivis, l. ſi. ad §. ex maleficiis, nu. 3. Inſtit. de actionib. Gomez *lib. 3. c. 5. nu. 9.* Vide Me *de furt. cas. 1. nu. 44.*

93 Quòd ſi fur prima jam vice admiſerit furtum, vel quinque florenorum, vel maius, ſine effractione tamen & aſcenſione, aut armis, diſpiciendum eſt, manifeſtum, vel nec manifeſtum ſit furtum: ſpectanda item furti quantitas & perſonæ conditio, quantumq; detrimentum læſo furtum illud adferat, & pro ejuſmodi aliqua qualitate, corpore, aut vita fur ille juxta conſilium juriſperitorum plectendus erit.

d. l. aut ſi. a. 16. §. locus & §. ſeqq. ff. de pœnis. Peinlich Halsgerichts Ordnung Keyſer Carls deß V. Artickul 160. Vide Guidon Papæ *in deciſ. quæſt. 589. n. 1. & ibi in addit.*

94 Sed ſi fur rupto laqueo vivus in terram deciderit, nunquid adhuc ſtrangulari debet? Affirmantium opinio veritati propior videtur.

Peinliche Halsgerichts Ordnung Keyſer Carls des V. Artickul. 162. *Verſ. ſi*, der Mann/mit dem Strang vom leben zum Todt geſtrafft werden. Muſcorn *de Iuriſd. num.* 93. Niell. *diſput. Feudal. XI. theſ. 2. lit. D.* Ac vide Alciat. *de præſumpt. Reg. 3. præſumpt.* 44. *num. 6.* Dec. *num. 8. &* Cagnol. *num. 11. add. l. ſi favorabiliores* 125. *ff. de regul. jur.* & Tiraquell. *de pœnis temperand. cauſa ultim.* Me *in tract. de furtor. pœn. c. ult. n. 47. & ſeqq. &* Berlich. *part. 5. concluſ. 45. num.* 36. *& ſeq. in tract. de Iuriſd. cap. 5. num. 71.* Conſer Excell. Beſold. *in p. 1. delibat. ff. fol. 52. Si fœmina ſeu meretrix furem ſibi in maritum petat, quæſtionis eſt, num fur iſte à pœna liberetur. Quod omnino negandum putamus.* Vid. Me *in tr. de jurisd. c. ap. 5. num. ult.* Dn. Beſold. *dict. loc. fol.* 52. adde Jul. Clarum. *lib. 5. ſententi. §. fin. quæſt.* 98. Tyraq. *tr. de pœn. temper. cauſ.* 56. Treutl. *vol. 2. diſp.* 30. *th. 3. Vbi* Dn. Hunn. *in reſolut. quæſt.* 28.

95 Si furtum iteratò quis fecerit, abſque ferramentis tamen, ſcalis & armis, ſive manifeſtum, ſive nec manifeſtum fuerit, utrumq; autem furtum illud precio ſuo minus ſit florenis quinque, tunc fur ille famoſa in columna ſpectãdus poni, & ex provincia illa relegari, aut illi diſtrictui, in quo deliquit, mancipari in perpetuum poteſt, exacta tamen ab eo religioſa de non offendendo cautione. Quòd ſi autem duo illa furta florenorum ſint quinque, aut majora, pro qualitate perſonæ, & furti quantitate, aliisque circumſtantiis, ex Iuriſconſultorum conſilio puniri fur debet.

Peinliche Halsgerichts Ordnung Keyſer Carls des V. Artickul 163.

96 Quòd ſi quis tertia vice furtum fecerit, laqueo in furca vitam finire, fi mas ſit: fœmina verò immerſione in aquam, vel aliter juxta loci conſuetudinem, vitam amittere debet.

Peinliche Halsgerichts Ordnung Keyſer Carls des V. Artickul 162.

97 Hic quæri poteſt, ſi ſtatutum jubeat, furem pro tribus furtis ſuſpendi, an fur pro uno magno furto ſuſpendi poſſit. Negantium opinio & æquior & verior exiſtimatur.

Aretin. & Salicet. *ad dict. Auth. commens. Tit. de furtis numer.* 7. Rolandus à Valle, *conſil.* 51. *num.* 43. *volum.* 1. Nonnulli tamen diſſentiunt *per l. ſi is qui tres §. ult. de excuſat. tutor.* Ludovic. à Peguera. *quæſt. crimin.* 27. *n.* 6. Arumæus. *exercitat.* Iuſtin. 17. *quæſt.* 7. Papæ *deciſ.* 589. in utramque partem. Vide Fachinæum. *lib.* 9. *controv.* 91. Cævall. *in ſpecul. communi opin. quæſt.* 741. *n.* 5. Gomez. *tom.* 3. *var. reſolut. cap.* 5. *num.* 7. Farinac. *lib.* 1. *prax. crimin. tit.* 3. *quæſt.* 23. *num.* 4. Coler. *deciſ.* 144. *num.* 4. Covarruv. *lib.* 2. *var. reſolut. cap.* 9. *n.* 7. Menoch. *de arbitr. judic. cent.* 4. *caſ.* 295. *n.* 9.

98 Si fur adhuc impubes fuerit, pœna illius in corpore arbitraria erit, cum exacta

Digitized by Google

exacta de non offendendo in perpetuum cautione: ſin proximus erit pubertati, pro qualitate perſonæ, & furti quantitate, aliisque circumſtantiis, juxta conſilium juriſperitorum pecuniaria vel corporali pœna affici debet.

Dicta Ordinat. Caroli V. Artic. 164. Vbi Stephani *in addition.* Clarus *lib.* 5. §. *final. quæſt.* 60. *nu.* 3. Gomez *de delictis, cap.* 1. *nu.* 62. *& ſeq.* Berlich. *part.* 5. *concluſ.* 43. *num.* 35. Farinac. *part.* 3. *de pœn. tempor. quæſt.* 92. 93. *& ſeq.*

Similiter qui impulſus neceſſitate famis aut nuditatis, qua ipſe aut con- 99
junx, aut proles ejus premitur, edulia aut veſtem furatus eſt, pro quantitate furti, ex Iuriſconſultorum conſilio, vel puniri, vel impunitus relinqui debet, ut præcipit Carolina ſanctio. [a] Sed jure Canonico hebdomadas tres pœnitere jubetur, non autem jejunare, ſi reddiderit. [b]

[a] *d. ordinat. art.* 166. Pfeil. *conſ.* 139. Köpen. *lib.* 2. *obſervat.* 72. Hackelman. *illuſtr. quæſt. diſput.* 23. *theſ.* 4. [b] *c. ſi quis propter.* 3. *extra de furtis, vide quoq; c. diſcipulos, & c. ſeq. de conſecr. diſt.* 5. & Cagnol. *ad l. qua propter* 123. *ff. de reg. jur.* Menoch. *de arbitr. judic. quæſt. lib.* 2. *cent.* 2. *caſ.* 182. *num.* 27. Farinac. *in tract. de furt. quæſt.* 174. *nu.* 69. Dn. Berlich. *in pract. concluſ. part.* 5. *concluſ.* 44. *num.* 41. Gail. 1. *obſerv.* 142. *nu.* 8. Covarruv. *in cap. peccatum.* 4. *d. regul. jur. in* 6. §. 1. Tenetur tamen ſi pervenerit ad pinguiorem fortunam ablata reſtituere. Cæval. *quæſt.* 729. Sed vide Me *in tract. de furt. pœn. cap.* 2. *num.* 179. Ludovic. Carbon. *in tract. de omn. rer. reſtitut. quæſt.* 81. *pag. nu.* 569. Vivius. *lib.* 2. *communi. opin. cap.* 133. *n.* 3. Berlich. *d. concluſ.* 44. *num.* 47.

Hactenus de furto; ſequitur de Rapina. Rapina eſt delictum jure præto- 100
rio privatum, quo quis vi rem mobilem lucrifaciendi cauſa alicui eripit

l. in duob. 28. §. *ſi quis juraverit. ff. de jurejur. l.* 1. *l.* 2. §. *caterum, & §. ſi enim re depoſita. ff. Si bonor. raptor. l. ſi vendidero* 8. §. *caterùm cujus dolo. ff. de furtis §. penultim. & ultim. Inſtat. de Vi bonorum raptor.* Dico autem jure prætorio privatum hoc eſſe delictum. Nam ex alio jure etiã publicum eſt. *dict. l.* 2. §. 1. *& §. ſi in re depoſita. ff. eodem tit.* Vide Gilhaul. *in arbor. judic. criminal. cap.* 2. *titul.* 29. Vide Bockel. *de public. judic. diſquiſit.* 9. *quæſtion.* 6.

Omnis quidem raptor, qui ipſemet rem rapit, fur eſt, [a] & quidem fur 101
improbus dicitur, [b] & fur atrocior: [c] at non omnis fur raptor eſt. [d] Et licèt qui raptori opem conſilium tulit, pro raptore habeatur, fur tamen non eſt.

[a] *d. l. ſi vendidero* 80. §. *Cum raptor. ff. de furtis* obſtare videtur. *l. in duobus* 28. §. *ſi quis juraverit, ff. de jurejurando.* [b] *l. ſi cum exceptione.* §. *Qui vim. ff. Quòd metus cauſa. d. l.* 2. §. *caterum. ff. Si bonor. raptor. & Tit. Inſt. de Vi bonor. rapt. in princ.* [c] *l.* 1 §. 1. *ff. de effractorib. & expilator.* [d] *l. in duobus* 28. §. *ſi quis juraverit, ff. de jurejurando, d. l.* 2. §. *ſi in re depoſita. ff. Si bonor. raptor.* Cujac. *lib.* 6. *obſerv. c.* 21. *d. l. ſi vendidero.* 80. §. *is autem cujus dolo. ff. de furtis.*

Et ut furtum aliud manifeſtum eſt, aliud nec manifeſtum; ſic & rapina 102
alia manifeſta eſt, alia nec manifeſta: [a] ex manifeſta rapina, ut quæ fit palàm præſenti & reſiſtenti, vel reclamanti, etiam furti manifeſti quis agere poteſt; ut de non manifeſta rapina furti nec manifeſti. [b]

[a] *d. l. ſi vendidero* 80. §. *cum raptor. & d. l. ſi quis uxori* 52. §. *ult. ff. de furtis.* [b] Per textus jam adductos, & ſentit Cujac. *in lib.* 12. *quæſt. Papin. pag.* 330. *& ſeq.* Hotomannus *ad tit. Inſt. de Vi bonorum raptor.* Dn. D. Beſold. *part.* 2. *delibat. fol. m.* 127.

Ex hoc delicto naſcitur prætoria actio vi bonorum raptorum, quæ da- 103
tur omnibus, quorum intereſt rem raptam non eſſe, [a] intra annum utilem in quadruplum, [b] poſt annum in ſimplum: cui tamen quadruplo rei perſecutio ineſt.

[a] §. *Vlt.*

[a] §. *Vit. Inſt. de Vi bonor. raptor. l. 2. §. in hac actione non utique. ff. eod. t.* [b] *d. l. 2. §. in hac actione intra annum, ff. d. t. C. d. tit. Inſt. de Vi bonor. raptor. in pr. l. 1. & l. 2. §. 13. ff. eod.* Cur autem raptor mitius puniatur, quàm fur manifeſtus, nullam ſufficientem rationem tradi poſſe ſentiũt Dd. *ad prin. tit. Inſt. de Vi bonor. raptor.* At quòd hic mitius puniatur etiam civiliter, quàm manifeſtus fur, plane negamus: quippè cùm etiam manifeſti furti actiõ contra eum ſit comparata, ut antea diximus.

104 Et datur contra eum, qui dolo malo [a] rem alienam rapuit, non etiam adverſus ejus ſucceſſores, quia pœnalis eſt. Heredi tamen, cæterisq; ſucceſſoribus competit. [b]

[a] *L. 2. §. dolo autem, & §. hac actione ii. §. Vi bonorum raptorum 19. ff. Vi bonorum rapt.* [b] *d. l. §. ult. ff. eod. & §. 1. Inſt. de perpet. & tem. act.*

105 Ipſarum quoque rerum raptarum nomine condictione, itemq; vindicatione agi poteſt.

d. l. 2. §. pen. & ult. in fin. ff. Vi bonorum & raptor.

106 Poteſt quoque actor, omiſſa hac civili actione, extra ordinem criminaliter contra raptorem experiri.

l. ultim. ff. de priv. delict.

107 Eſt & illud hic notandum, quod quis nec propriam rem alii eripere authoritate propria poteſt, niſi ſpoliatus in continenti rem ſuam recuperet: alioqui dominium rei ſuæ amittit. [b]

[a] *l. 3. §. cum igitur, ff. de Vi & Vi armat.* [b] *l. ſi quis tantam. C. unde Vi. l. cetat. 7. ff. de ea quæ metus cauſa.*

108 Coronidis loco, & illud hic de furto & rapina ſubjicere placet, quod judex ad inquirendas res furtivas, & vi raptas ingredi poteſt domos ſubditorum, qui præſumptionibus & indiciis aliquibus gravati competiuntur.

Vide Cagnol. ad l. Nemo 104. num. 3. ff. de reg. jur. & Dd. *l. C. de ſervis fugitivis.* Cujac. *ad Inſt. Paul. lib. 2. ſentent. tit. 31. per l. juſtè. 11. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. factum. 155. §. 1. ff. de reg.* Matth. Stephan. *cent. 4. queſt. 3.* Petrus Gregor. *in Syntagm. jur. univerſ. lib. 37. cap. 1. nu. 20.* Clar. *jur.* Vide Boër. *deciſ. 174. num. 20.* Iohañ. Coraſ. *ad l. 1. num. 83. ff. de ſervitut.* Köepen *deciſ. 8. lib. 5. ſentent. 5. furtum. num. 3.* Matth. Berlich. *part. 5. concluſ. 45. num. 24.* Videatur omnino Dn. D. Beſold. *in theſaur. practico. lit. H. num. 20. verbo* Hauſſuchung.

Clas. IV. Disput. II.

De damno, ex quo legis Aquiliæ; vel in factum prætoria actio: tum etiam de corruptela hominis.

THESIS I.

TErtia privati delicti nominati ſpecies eſt damnum. [a] DAMNUM eſt delictum privatum, [b] quoquis non jure [c] patrimonium alicujus citra rei interceptionem [d] facto quodam diminuit. [e]

[a] Damnum per metonymiam effecti ſignificat juris conditoribus ipſum delictum *in l. 4. ff. de oblig. & act. & §. 1. Inſt. de oblig. qua ex delict. naſc.* [b] Quia inde actio forenſis ad privatum commodum prodita eſt. [c] *l. 3. ibi, oportet injuria id eſſe factum. & l. 5. in prin. §. 1. ff. ad l. Aquil.* [d] Hoc differt damnum à furto & rapina. Bald. *ad l. ſi ſervum ſervum. 27. §. ſi olivã 25. ff. ad legẽ Aquil.*, & poſt eum Laſ. *ad l. ſi familia, 4. n. 5. ff. de Iurisdict.*, aliud eſt damnum, inquit, aliud furtum;

Digitized by Google

tum: quia damnum eſt cum corruptione: furtum cum amotione. [a] Quia damnum, de quo hic agimus, variis fit modis, & damnum à diminuendo dicitur, *l.* 1. *& l.* 3. *ff. de dam. infect.* commodum omnino hoc verbum eſſe nobis videtur, quo præſens delictum definiatur.

Eſt autem duplex hoc damnum: damnum ita in ſpecie dictum, [a] & cor- 2
ruptela hominis, puta ſervi filiivefamil. [b]

[a] *dict. l.* 4. *ff. de obl. & act. & d.* §. 1. *Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc.* [b] *l. ſi quis ſervum* 9. §. *fin. & in ſervo, ibi. ad omnes enim corruptelas hæc actio pertinet. ff. de ſervo corrupt.* & hanc corruptelam damni ſpeciem eſſe patet *ex l. ſi quis ſervum* 9. §. *ultim. & l. ſeq. ff. d. t.*

Damnum [a] ita in ſpecie dictum eſt, cum quis alicui in corpore [b] rei ipſius 3
facto [c] quodam nocet.

[a] De damno eſt *tot. tit. ff. ad l. Aquil. & tit. C. & Inſt. de l. Aquil.* tum etiam *tit. ff. arb. ſorte caſ.* Vti arguit *l.* 1. *in pr. & l.* 5. §. 1. *& l. pen. ff. d. t.* [b] Hoc differt damnum ita in ſpecie dictum, à corruptela; quòd illud pertinet ad corpus rei, hæc verò ad hominis animum & mores. Cujac. *in lib.* 19. *Pauli ad edict. pag.* 273. Doneli. *lib.* 15. *commen. jur. civ. c.* 25. [c] *l. ſi cujus.* 13. §. *de prætoriis. ff. de uſufruct.*

In hoc delicto ſpectamus tum eum, qui ex damno dato obligatur: tum 4
genera damnorum.

Obligatur autem ex dato damno, qui injuriâ, id eſt, contra jus [a], puta do- 5
lo, vel culpa ſua [b] etiam leviſſima [c] damnum alicui attulit.

[a] *l. ſi ſervus* 3. *l. ſed & ſi.* 5. §. 1. *ff. ad l. Aquil. & §. injuriâ autem occidere. Inſt. de l. Aquil.* [b] *l. qui occidit.* 30. §. *in hac quoque actione, ff. ad l. Aquil. §. injuria autem. Verſ. ac ne is quidem, Inſtit. d. t.* [c] *l. in lege Aquilia* 44. *ff. d. t.* Andr. Geil. *lib.* 2. *obſerv. cap.* 22. *n.* 2.

Sed utrum delictum ſit, vel quaſi delictum damnum, ſolâ culpa levi vel 6
leviſſima datum, anceps eſt quæſtio? [a] Nos quaſi delictum eſſe affirmamus. [b]

[a] Vide Hotom. *ad §. præterea ſi medicus.* 6. *Inſt. de l. Aquil.* [b] *argum. tot. tit. Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc. & l. ſi quis* 5. §. *ſi judex. & §§. ſeqq. ff. de Oblig. & Action. alij neg. int. & obſtare videtur l. illud quæſitum* 32. *in fine pr. ff. ad l. Aquil.*

Quia autem dolus vel culpa hîc requiritur, ut qui damnum dedit obli- 7
getur, certè non tenetur ob damnum à ſe datum, qui doli aut culpæ capax non eſt; ut eſt furioſus, item infans, tum etiam impubes, qui injuriæ capax non eſt.

d. l. ſed etſi. 5. §. *& ideo. & §§. ſeqq. ff. ad l. Aquil.*

Neque tenetur etiam, qui licet doli aut culpæ capax eſt, id tamen, quod 8
fecit non injuria fecit; qualis eſt, qui jure permittente quid fecit, vel caſu fortuito. Iure permittente latronem inſidiantem tibi, vel quemcunq; alium ferro te petentem occidere, & vulnerare poteris.

d. l. itaq. 4. *in pr. & l.* 5. *in princ. ff. d. t. l.* 1. §. *cum ſi. ff. unde ſi. & l. ut cum.* 3. *ff. de juſt. & jur.*

Nec obligatur, qui vel furem noctu deprehenſum occidit: vel occidit 9
furem interdiu deprehenſum, & telo ſe defendentem; modò tamen ut illo, ſic & hoc caſu id ipſum cum clamore ſit teſtificatus.

dict. l. itaq. 4. §. 1. *& l. ſeq. ff. eodem tit.* Vide Ioh. Schneidevvin. *ad §. injuria. num.* 6. *& 7. Inſtit. de l. Aquil.*

Iure item permittente quis adverſarium occidere vel debilitare poteſt, 10
publico certamine inſtituto, in colluctatione, in pancratio, in pugilatu;

Digitized by Google

modò non petierit cedentem: quippe cùm gloriæ cauſa, & virtutis, non injuriæ gratia damnum dediſſe videatur.

l. qua actione. 7. §. ſi quis in colluctatione. 4. ff. eodem tit. Cujac. *lib.* 21. *obſervat.* 20. Berlich. *tom. 5. concluſ.* 16. *n.* 2. Schrader. *de Feud. part.* 9. *cap.* 4. *num.* 47.

11 Si quis item maritus domi ſuæ deprehenſum aliquem in adulterio occiderit, aut vulneraverit, non tenetur ob hoc damnum; quippe qui lege Iulia permittente id fecerit.

l. qui occidit. 30. in pr. ff. ad l. Aquil. Quod enim fit lege permittente, pœnam non meretur. *l. Gracchus. C. ad l. Iul. de adult.* Scil. levioris conditionis hominem. Nam maritus non quemlibet (ut pater) occidere poteſt. *l. 20. ff. ad l. Iul. de adult.*

12 Sed an obligetur etiam de reſarciendo damno, qui incendii arcendi gratia vicinas ædes conflagrantes intercidit, juſta quæſtio eſt? Labeo Iuriſcõſultus id quidem voluit: at Celſus & Vlpianus rectè negarunt; ſiquidem non injuriâ, ſed juſto metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret, id fecerit; [a] & ædes æquè perituræ fuiſſent, etiamſi à vicino non fuiſſent interciſæ. [b]

[a] *l. ſi quis fumo. 49. §. 1. ff. ad l. Aquil. & l. 3. §. penultim. ff. de incend. ruin. naufr.* [b] *l. ſi alius fecerit. 7. §. eſt & alia. ff. quod vi aut clam.* Andr. Geyl. 2. *obſerv.* 23. *nu.* 3. *verſ. Porrò quia arcendi.* Excellentiſs. Beſold. *part.* 1. *delibat. ad lib.* 9. *ff. quæſt.* 5. *fol. nu.* 573.

13 Quòd ſi verò pro ſalute totius viciniæ, ne ignis omnia uratur, & latiùs ſerpat, domus vicini nondum ardens diruatur, omnes vicini pro ejus reparatione in commune contribuere debent.

Argument. l. 1. & 2. ff. ad l. Rhod. de jactu. Andr. Geil. poſt alios, quos refert *d. obſervat.* 22. *nu.* 4. Quòd ſi autem jam pervenerit ad vicini ædes, quæ dirutæ ſunt, ad contributionem illam vicini non tenentur, *per d. l. ſi alius 7. §. eſt & alia. ff. quod vi aut clam.* latè Farinac. *in ſuâ prax. crimin. part.* 3. *quæſt.* 110. *c. ap.* 3. *num.* 144. *& ſeqq.*

14 Idem etiam de eo dicimus, qui ſervandarum mercium ſuarum cauſa alienas merces, quæ periculum cæteris pondere ſuo minabantur, in mare projecit.

l. qui ſervandarum. 14. in prine. ff. de præſcrip. verb. cui legi conjungenda *l. 3. §. penult. in fin. ibi, cum alias non poſſit. ff. de incend. ruin. naufr. & d. l. ſi alius fecerit. 7. §. eſt & alia, ff. quod vi aut clam.*

15 Similiter ſi quid magiſtratus adverſus reſiſtentem fecerit violentius, ac propterea quid ruperit, non tenetur de illo damno, [a] ut qui nihil injuria facit, qui facit jure licito, & jure honoris, quem ſuſtinet. [b]

[a] *l. quemadmodum. 29. §. pen. ff. ad l. Aquil.* [b] *l. 3. ff. quod metus cauſa. & l. injuriarum. §. 1. ff. de injur.*

16 Caſu fortuito damnum dediſſe dicitur, cujus nulla culpa ipſum caſum præceſſit; quod duobus accidit modis. Vnus eſt, ſi caſus, quo damnum datum eſt, nulla humana providentia prævideri potuit; ut ſi quis alterius impulſu damnum alicui dederit; [a] vel ſi putator ex arbore ramum, aut machinarius quid dejecerit in privatum locum, ubi vulgò inter non fit, & prætereuntem hominem ita occiderit, vel debilitaverit. [b]

[a] *d. l. quæratione. 7. §. proinde ſi quis. ff. ad l. Aquil.* [b] *l. ſi putator 13. ff. d. t. §. æquè extra culpam. Inſt. eodem tit.*

17 Alter modus eſt, ſi prævideri quidem caſus potuit, culpa tamen, quâ vacat exigenda ab eo non eſt, qui damnum dedit, ſed potiùs illi adſcribenda, qui

Digitized by Google

qui accepit damnum: Veluti ſi quis, cum dejiceret aliquid pro commodo ſuo ex arbore, vel ædibus ſuis in publicum locum, ante proclamaverit, & nihilominus caſu ejus, quod dejectum eſt, damnum alicui datum ſit. De hoc enim damno qui agit, ſummovetur.

d.l.leg.ſi putator 31. & l.qui foveas 28. §. 1. ff. ad leg. Aquil. d. §. item ſi putator. Inſt. eod. tit.

Si quis item foveas urſorum cervorumq; capiendorum cauſa fecerit, aut laqueos poſuerit illis in locis, ubi fieri & poni ſolent, licet homo, vel pecus in foveas, aut laqueos illos deciderit, & damnum inde acceperit, adverſus tamen facientem vel ponentem ſi egerit quis ſummovebitur, etiamſi nulla proclamatio ſive denunciatio facta ſit. 18

d.l.qui foveas, 28. in princ. & l ſeq. in princ. ff. d. t.

Similiter ſi quis in ludo jaculatorio, cum eſſet ex iis, quibus jaculandi jus erat, ſagittam ad ſcopum ſit jaculatus, & caſu prætereuntem trajecerit, de hoc damno non tenetur. 19

l. item ſi 9. §. ult. ff. h. t. §. injuria autem, verſ. itaq; ſi quis dum jaculis. Inſt. eod. t.

Qui item dum pila tempeſtivè luderet, ubi ex conſuetudine ludebatur, pila vehementiùs percuſſa, aliquem ex ſpectatoribus eluſcaverit, ob damnum illud conveniri eum jura vetant. 20

l. item Mela. 11. in princ. l. ſi ex plagis 52. §. ult. ff. eod. tit. d. §. injuria autem, verſ. itaq; ſi quis dum jaculis, Inſt. h. tit. Ubi Dd. *communiter.*

Sequitur de generibus damnorum, quæ duo ſunt: aut enim ipſum rei corpus læditur: aut integro rei corpore in eo alicui nocetur. 21

§. ult. Inſtit. de L. Aquil.

Priori generi propoſita eſt Lex Aquilia: [a] cujus hodie duo ſunt capita; unum pertinet ad eum, qui alienum hominem, aut quadrupedem, quæ pecudum numero eſt, veluti ovem, capram, bovem, equum, mulum, aſinum, ſuem, elephantum, camelum occidit. [b] Alterum ſpectat ad eum, qui hominem vel pecudem uſſit, fregit, rupit, vel aliud animal, puta canem, avem, aprum, leonem, &c. occidit, aut uſſit, fregit, rupit. [c] Vel rem quamcunque aliam, quæ anima caret, corrupit. [d] 22

[a] *d. §. ult. Inſt. de L. Aquil.* [b] *l. 2. in princ. & §. fin. l. quemadmodum 29. §. hac actione, ff. ad L. Aquil Inſtit. eod. tit. in princ. l. legatis 65. §. pecoribus legatis. & l. ſervis legatis 81. §. pecudibus, ff. de leg. 3.* [c] *l. ſi ſervus 27. §. tertio autem, & 55. ſeqq. d. l. quemadmodum 29. §. hac actione, ff. ad L. Aquil. & §. cap. 3. Inſt. eod.* [d] *d. §. cap. 3. Inſtit. h. t. d. l. ſi ſervus 27. §. ſi quis veſtimenta, & 55. ſeqq. ff. d. t.* Dn. D. Beſold. *delibat. part. 1. fol. 572.*

Et de hoc proximo genere competit actio civilis, [a] quæ dicitur actio legis Aquiliæ, [b] item ſimpliciter Aquiliæ actio, [c] tum etiam damni injuriâ actio, [d] & damni injuriæ actio. [e] In qua ſpectamus, tum quotuplex ea ſit; tum quid veniat eam in actionem. 23

[a] *per l. 1. §. 1. ff. ad L. Aquil. & verſ. illud palàm, Inſt. de L. Aquil. junct. l. jus autem civil. 7. ff. de juſt. & jur.* [b] *l. ſed etſi 5. §. 1. & 2. & toto tit. ff. ad L. Aquil.* [c] *l. ſi cujus 13. §. de præteritis, ff. de uſufruct.* [d] *l. impuberem 23. ff. de furt. l. quemadmodum 29. §. item Labeo, l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi furnum, & §. Proculus, & §. ſecalicem ff. ad L. Aquil.* [e] *Inſtit. de L. Aquil. in princ.*

Eſt autem duplex hæc actio: Directa & Vtilis. [a] Directa legis Aquiliæ actio eſt, quæ ex ipſis legis Aquiliæ verbis competit ei, qui dominus [b] eſt 24

Digitized by Google

rei læſæ, adverſus eum, cujus præcipuè & rectà *Corpore* animal alicujus occiſum, aut vitiatum, vel res alia deterior facta fuit. [c]

[a] *§. caterùm, & §. ult. Inſt. d. t. & l. liber homo* 13. *in princ. ff. ad L. Aquil.* [b] *l. Item Mela* 11. *§. legis autem Aquiliæ, junct. §§. ſeqq. d. t.* [c] *d. §. caterum, & §. ult. Inſt. d. L. Aquil. l. ſi ſervus* 27. *§. ſiquis veſtimenta, & §§. ſeqq. ff. eod. tit.*

25 Vtilis legis Aquiliæ actio eſt, quæ non ex verbis, ſed ex interpretatione, & ad exemplum Plebiſciti Aquilii competit: eaq; ſæpenumero in factum actio appellatur: [b] qualis eſt, quæ datur bonæ fidei poſſeſſori rei læſę; [c] item fructuario & uſuario, læſa re fructuaria vel uſuaria. [d]

[a] *l. nominis* 6. *§.* 1. *Vbi Cujac. Alciat. Gœdd. de V. S. l. ſed etſi* 12. *ibi, ad exemplum legis Aquiliæ, ff. ad L. Aquil.* [b] *l. qua actione* 7. *§. proinde, & §. Celſus autem, l. item ſi obſtetrix* 90. *l. item Mela* 11. *§.* 1. *ff. d. t.* [c] *d. l. item Mela* 11. *§. ſed ſi ſervus, ff. eod. tit.* [d] *d. l. Item Mela.* 11. *§. ult. & l. ſeq. ff. dict. & l. locum* 17. *§. ultim. ff. de uſufruct.*

26 Eadem hæc actio libero quoque homini vulnerato aut debilitato ad damni, non corporis æſtimationem competit; ſiquidem hic ſuorum membrorum dominus non ſit.

l. liber homo 13. *in princ. ff. ad L. Aquil.* Cujac. *lib.* 21. *obſerv.* 20. Dn. D. Beſold. *part.* 1. *delibator. fol.* 569. *ex lib.* 9. *ff. tit.* 2.

27 Sed an patri hæc utilis vel directa detur actio filiofam. injuriâ vulnerato, quæri poteſt? Et dari ei hanc utilem actionem ad damni æſtimationem, [a] non autem actionem directam, [b] verius videtur.

[a] *per l. cum duob.* 52. *§. ſocium univerſa, ff. pro ſocio, & l. qua actione* 8. *§. in collectatione, verſ. in filiofam. vulnerato ff. ad L. Aquil. & l. Mater filij.* 38. *§.* 1. *ff. de furtis.* Cujac. *d. lib.* 21. *cap.* 20. Donell. 15. *comment. c.* 26. *pag.* 454. *num.* 20. [b] *per d. l. liber homo.* 13. *in princ. ff. ad L. Aquil.* Obſtare videtur, quod patri etiam rei vendicatio nomine filiiſam. cõpetit. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de rei vind.* & actio furti ob filiumfam. ſumptum *l. eum qui* 14. *§. ſi filiusfam. & d. l. mater* 38. *§.* 1. *ff. de furtis.*

28 Similiter & illud in quæſtionem hoc loco vocari poteſt, an hæc actio competat ob ſtuprum virgini illatum? Et ipſi ſtupratæ fœminæ, ſi volens ſtuprum paſſa ſit, neq; hanc dari actionem putamus. [a] Sin per vim ſtuprata fuerit, nec tamen ei hanc competere actionem, modò ipſo ſtupro vel partu, id eſt, fœtus editione difficiliori, ejus corpus læſum non fuerit, planè arbitramur. [b]

[a] Volenti enim nõ fit injuria, *l.* 1. *§. uſq; adeò in fin. ff. de injur.* Et nemo ex propria culpa damnũ ſentire intelligitur, *l. quod quis* 203. Vbi Petr. Fab. *ff. de R. I.* Et legis Aquiliæ actio pertinet ad damna, quib. res familiaris non dignitas minuitur, Br. *ad l. ſi ſervus ſervum* 27. *§. ſi olimã, ff. ad L. Aquil.* & Iaſ. *ad l. ſi familia, ff. de juriſd.* Huc quoque confert, quod etiam fœmina prægnans, puerpera ſana eſſe dicitur, *l. quæritur* 14. *§.* 1. *& §. puerperam, ff. de adul. edict. & l.* 2. *§. ſi non propter, ff. ſi quis cautionib.* Deniq; hanc probat ſententiam gl. *ad l. ſi ſtuprum.* 25. *in verb. actionem, ff. de injur. & ad l. ſi ſervus ſervum. §. ſi olivam, in verb. aquilia tenebitur, ff. ad L. Aquil.* [b] Per id, quod modò dictum fuit, etiam ſtupratam fœminam proſana haberi; quodq; actio L. Aquiliæ ob rei familiaris, non dignitatis, deminutionem competit.

29 Quin etiam licèt ex ipſo conceperit fœmina congreſſu, & prolem peperit, nec tamen puerperii impenſam hac peti actione exiſtimamus.

per rationes præcedenti enunciatio adſcriptas.

30 Quia tamen infantem etiam ſpurium ſolius patris impenſa ali oportet, non etiam matris ſumptu, niſi in ſubſidium: [b] proindeq; mater alendo prolé negocium gerat patris, negociorum geſtorum actione ſumptus puerperii, & edu-

& educationis ab eo exigere poteſt; [c] modò actione præjudiciali de partu agnoſcendo inſtituta, probarit priùs eum, quem convenit, patrem eſſe. [d]

[a] *Auth. licet, C. de natur. lib. c. cũ haberet, in fin. extra de eo quid duxit in matrim c. 48. p. 307. Zaſ. ad §. præjudiciales actiones, Inſt. de action.* Vbi de Scholarib. loquitur, qui mulierẽ imprægnarũt, & ait, hos cogi poſſe, ut partum alant. [b] *l. Neſennius 34. ff. de neg. geſt. & l. ſi quis. §. §. ergo & matrem. jũcto §. ſi mater, ff. de agnoſc. & al. lib.* [c] *d. l. Neſennius 34. ff. de neg geſt. junctæ d. l. §. §. ſi mater ff. de agnoſc. & al. lib.* [d] *d. §. præjudiciales, Inſt. de act. l. 1. §. ait. l. 3. §. 2. quid ergò ff. de liber. agnoſcend. & alend.* Et hac utraque actione conjunctim experiri fœminas (id quod ſæpe fieri vidimus) autumo, quando marem in judicio conveniunt, affirmantes eum partus ſui patrem eſſe, petentes judicari, ut is eum agnoſcat, alat, & puerperii impenſam ſolvat,

Competit prẽterea hæc utilis actio legis Aquiliæ contra eum, qui non 31
corpore ſuo damnum alicui dedit, ſed cauſam duntaxat interitus, vel deteriorationis præbuit; Vt qui hominem alienum, aut pecus ita incluſit, ut fame perierit: aut jumentum ita vehementer egit, ut ruptum ſit: aut pecus in tantum exagitavit, ut præceps ſit actum: aut alieno ſervo perſuaſerit, ut in arborem adſcenderet, vel in puteum deſcenderet, & is aſcendendo vel deſcendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis læſus ſit: [a] aut Ciſiarius dum cæteros trãſire contendit, ciſium evertit, & ſervum quaſſavit, aut occidit: [b] aut qui equum ita concitavit, ut calce percutiendo aliquem læſerit: [c] aut qui vinum vel frumentum conſumpſit: [d] aut qui glandem ex cõfinis arbore in ſuum fundum delapſam ſuo pecore immiſſo depavit: [e] aut qui in ſtipulam ſuam, vel ſpinam comburendæ ejus cauſa ignem immiſerit, & ulteriùs evagatus, & progreſſus ignis alienam ſegetem vel vineã læſerit, [f] aut qui opem duntaxat alteri damnum dãti præſtitit, ut qui tenuit aliquem, ut alter eum interimeret, [g] vel canem ſaltem irritavit, ut aliquem morderet. [h]

[a] *§. caterum placuit. 16. Inſt. de L. Aquil.* [b] *l. item quæritur. 13. in prin. ff. locati.* [c] *l. 1. §. & generaliter, ff. ſi quadrupes pauper fec. dicetur.* [d] *l. qui occidit. 30. §. ſi quis alienum. ff. ad L. Aquil.* [e] *l. qui ſervandarum. 14. §. ult. ff. de præſcript. verb.* [f] *d. l. qui occidit. 30. §. in hac quoq; actione, ff. ad L. Aquil.* Cujac. *in lib. 21. Pauli ad Edictum pag. 360.* [g] *l. item Mela. 11. §. ſi alius tenuit. ff. ad L. Aquil.* [h] *dict. l. item Mela. 11. §. item cum eo. ff. dict. tit.*

Diſpiciemus modò quid veniat in hanc legis Aquiliæ actionem, directam & utilem. Venit autem in eam æſtimatio damni dati, non principalis 32
tantùm, ſed & ejus quod intereſt: [a] quæ tamen æſtimatio ex communi judicio, non ex ſingulari affectione, & ſingulorum utilitate ineunda eſt. [b]

[a] *l. ait lex. 21. §. ult. & ll. ſeqq. ff. ad L. Aquil. §. illud nõ ex verbis. 10. Inſt. eod. tit. & l. 2. §. 3. ff. de priv. dol.* [b] *l. ſi ſervum. 33. ff. ad L. Aquil.* vide Iohan. Robert. Aurelian. *lib. 3. ſent. jur. c. 14.*

Vnde libero homine vulnerato, aut membro aliquo debilitato, peti hac 33
actione poteſt, quod minus ille ex operis ſuis propter damnum illatum habiturus eſt; tum etiam impendia pro curatione facta, proindeq; etiam merces medico data, vel adhuc danda.

l. hac actione. 7. in princ. & l. ſi ſervus 27. §. rupiſſe, ff. ad L. Aquil. & l. ex hac lege. 5. ff. ſi quadr. paup. feciſſ. dicetur. c. 1. ibi. operas ejus & impenſas in medicos reſtituat. extra, de injur. l. ult. ff. de his, quæ dejec. vel effud. Fürſtl. Würtemberg. Hoffgerichts Ordnung / *part. 3. tit. 25.* Von Schmach vnd Schlaghandlungen. §. Wenn jemandt. *pag. 92. in fine.* Eſt autem hic notandum diligenter, quòd in æſtimando damno cũ primis ſpectari debet, vitæ genus hominis læſi, puta illius opera & opificium, quod exercet; cujus item ſit ætatis, id eſt, quãdiu adhuc ſuperſtes futurus veriſimiliter credatur, Gl. *ad l. 3. in verb. impenſarum. ff. ſi quad. paup. fec. dic. per l. here-*

Digitized by Google

ditarium, ff. ad L. Fal. Si aliquando nobili militi, utroque oculo ex vulnere inſidiosè orbato in Camera Imperiali multa millia pro militaribus officiis, quibus poſtea cariturus erat, per ſententiam adjudicata ſunt, Andr. Gail. *lib. 2. de pac. publ. c. 2. num.* 19. Me quoque Aſſeſſore in ſuprema Curia Wirtembergica, Anno, 1590. 4. *Junij*, actori cui brachium alterum planè inutile factum erat, adverſarius pro eo damno condemnatus fuit in 150. flor. *Am. item* 87. 20. *Septemb.* per ſententiam Reus pro damno juſſus fuit flor. totidem dare actori, quòd hujus brachium & quoſdam debilitaverit digitos, non tamen omnino ad ejus opificium inutilia hæc facta erant membra. *Similiter Anno* 1588. 14. *Martij*, actrici, cujus alterum humerum reus ita fecerat debilem, ut ipſa brachio vix uti potuerit, damnum hoc æſtimatum fuit florenis centum. *Sic etiam Anno, &c.* 94. 29. *Maij*, actori fabro ferrario, cujus ſiniſtra ad ejus opificium inutilis facta erat, Reus pro iſthoc damno condemnatus eſt in florenos centum & quinquaginta.

34 Vt autem certò conſtare poſſit, de damno corpori liberi hominis dato, præſenti & futuro, Medici & periti chirurgi adhiberi ſolent, qui damnum inſpiciant, & de ejus magnitudine & qualitate juratò deponant.

Fürſtliche Würtembergiſche Hoffgerichts Ordnung *part. 3. tit. 20. pag.* 80.

35 Cicatricum autem & deformitatis ratio haberi in hac actione non debet. [a] Proinde nec doloris ſive cruciatus, quo læſus affectus fuit. [b]

[a] *d. l. ultim. verſ. cicatricum, ff. de his qui dejec. vel effud. & l. 3. verſ. ſcilicet, ff. ſi quadr. paup. fec.* Andr. Gail. *lib. 2. de pac. public. cap. 2. num.* 19. Gilhauſen. *in arbor. criminal. cap. 2. tit. 33. nu. 7. in fin.* Berlich, *part. 5. concluſ. 70. n. 30.* [b] Cùm enim nec ipſius corporis, nec cicatricum, nec deformitatis æſtimatio fiat, cur doloris & cruciatus haberi ratio deberet? maximè cum hîc de æſtimatione damni agatur. Errant itaq; indocti Rabulæ forenſes, quos jus noſtrum Wirtembergicũ Entenmeyer appellat, quando in libello actionis L. Aquiliæ, Für empfangenen Schaden vnd Schmertzen/ einen Abtrag begehren. Quid vero ſi in libello doloris (deß Schmertzens) ſolum fiat mentio? an quis damnum intellexiſſe cenſeatur. Ita dicunt. Et ſic judicatum am Obergericht. Tübingen. *in Febr. Anno* 614. *ex conſilio quorundam ICC. ſimiliter* item judicatum am Fürſtl. Hoffger. den 7. *Septembr. anno* 614. *in cauſa appellat.* Von Schorndorff.

36 Sed occiſo homine libero, an uxor & liberi ejus nomine operarum interempti mariti & patris, quibus nunc carent, & carituri dehinc etiam ſunt, hac actione experiri poſſint? Et affirmativam veritati propiorem eſſe non ambigimus, [a] quam etiam jus Wirtembergicum probat. [b]

[a] *per text. in l. qua actione 7. in princ. ff. ad L. Aquil.* tum etiam autoritate Rogerij & Azonis, item ordinariæ gl. *ad d. l. qua actione 7. §. ſi quis in colluctatione, in verb. gloria cauſa, ff. d. t.* Item, gloſſ. *ad l. hunc ſcripturæ* 15. *in verb. non poſſe, ff. eod. tit.* & Speculatoris *tit. de injuriis & damno dato, §. ſequitur videre, nu. 3. 4. 5. &* 6. Sentit idem Coſtal. *ad d. l. 3. ff. ſi quadr. paup. fec. dic.* & Wtemb. *in paratit. ff. eod. tit. num. 7. &* Hartman. Hartm. ad Eppingen, *lib. practic. obſervat. tit. 50. obſer. 10. in fine.* Meminimus quoque in caſu occiſi mariti actores in judicio auditos & admiſſos aliquando fuiſſe. Et quia uxor liberique ejus revera damnum paſſi ſunt, & quidem rei familiaris damnum, non video, cur illis hæc denegari actio debeat. Confert quoque huc, quòd etiam heredibus hæc actio competit, *l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem, ff. ad L. Aquil.* Obſtare videtur *c. 1. ibi, & ille mortuus non fuerit, extra de injur. & d. l. qua actione 7. §. ſi in colluctatione, ibi, in filioſum. vulnerato procedit, ff. ad L. Aquil.* Et non deſunt, qui diſſentiãt, uti arguit gloſſ. *ad d. l. 7. §. ſi quis in colluctatione, in verb. gloria cauſa, ff. ad L. Aquil.* & additio ad Speculat. *d. tit. de injuriis & damno dato §. ſequitur videre. ſubtit. e.* [b] Hoffgerichts Ordnung/ *part. 3. p.* 29. *&c. ſ.* da jemand. adde Excellentiſ. Dn. Beſold. *part. 1. delibat. ad lib. 9. ff. quæſt.* 2. Modeſtin. Pitor. *quæſt.* 107 *Vbi in additon. num.* 32. Gœden. *conſil.* 102. Matth. Coler. *de proceſſib. executiv. part. 1. cap 9. num.* 53.

37 Eſt autem actio legis Aquiliæ non modò rei perſecutoria, ſed quandoq; etiam pœnalis, atque ita mixta.

§. Sed & legis Aquiliæ actio. Inſt. de action.

Miſſa

Digitized by Google

Mista hæc est actio, atque ita etiam pœnalis, si res, in quâ datum sit damnum, pluris fuit tempore superiori, quàm quo damnum est illatum. Ex primo enim capite L. Aquiliæ tanti fit æstimatio rei, quanti eo anno retroversus plurimi fuit. Ex tertio item capite constituitur hæc actio in id, quanti in diebus triginta superioribus res plurimi fuit. 38

l. 2. l. ait lex. 21. l. inde Neratius 23. §. idem Iulianus, l. si servus 27. §. tertio, & l. quemadmodum 29. §. fin. ff. ad L. Aquil. §. his autem verbis, & §. capite, Instit. de L. Aquil. & d. §. sed & legis Aquiliæ. Inst. de action Differentiæ rationem in tempore adfert Azo in *summa Codicis de lege Aquil.* quod in priori capite majus: in posteriori minus versetur damnum. Antiquus tamen glossator Iohannes putat differentiæ rationem dari posse nullam. Tertium caput legis Aquiliæ, quod in desuetudinem abiit *d. l. si servus, §. Hujus legis, ff. ad leg. Aquil.* competisse videtur in casu, quo res nostra non fuit læsa, sed alia ratione damnum nobis datum, puta intercepta nobis quadam utilitate Cujac. *in paratit. Cod. & Digestor. ad leg. Aquil.*

Est item mista hæc actio ex inficiatione Rei conventi. Hic enim si in jure delictum inficiatus fuerit in duplum damni dati condemnatur. 39

d. §. sed & legis Aquiliæ, & §. omnes autem vers. in duplum agimus, & §. sed furti quidem, Inst. de action. l. 2. l. inde Neratius, 23. hac actio, 10. ff. ad L. Aquil. Ita me Adsessore, *An. 88. 6. Decemb.* in causa quadam appellationis Suprema Curia Wittembergica Reum conventum ex inficiatione dati damni in duplum condemnavit. Huic tamen pœnæ locus non est, si adversarius qualitatem duntaxat, aut circumstantiam delicti inficiatus fuerit, Baldus *num. 4.* & Sichard. *num. 10. ad l. 4. C. de L. Aquil.* Sed an duplum hoc ex natura actionis L. Aquiliæ veniat, quæstionis est? quod nego. Inficiando enim demum in duplum crescere dicitur. *§. fin. Inst. d. obligat. ex quas. contract.* Vide Anton. Fabrum *ad l. inde Neratius. 23. §. 10. h. t.* [a]

Sed duplum illud an ab actore nominatim petendum sit, vel eo etiam non petito judex ex officio condemnationem extendere ad illud debeat, inter Dd. controversum est. Et nominatim illud peti debere, & verius est, [a] & in practica servandum. [b] 40

[a] *§. omnes actiones, ibi, in simplum* conceptæ *sunt, vel in duplum, §. in duplum* agimus, *Inst. de act. d. l. inde 23. §. hac actio. ff. ad L. Aquil.* Quo posteriori loco dicitur, quòd hæc actio adversus negantem in duplum competat. Est autem actio jus persequendi in judicio, quod sibi debetur, *§. 1. Inst. de action.* Qui ergo duplum ex adversarii inficiatione desiderat, persequi illud debet. Confert item huc, quòd judicis officium non nisi imploratum actori impertiri debet, *l. 3. §. hic autem judicium, ff. de damno infecto.* Quodque actio legis Aquiliæ est stricti juris, ut proinde in ea judicis partes ad non petita extendi non debeant. arg. *§. in bonæ fidei, & §. præterea, Inst. de action.* [b] Bald. & Sichard. *ad l. contra neg. autem. 4. C. de L. Aquil.* Bachov. *in not. ad Treutl. disp. 19. vol. 1. thes. 10. lit. E. pag. m. 707.* Hunn. *ibid. quæst. 21.*

Est & illud hîc notandum, quòd actio L. Aquiliæ competit etiam adversus eum, qui conventus, fuit confessus, à se damnum esse datum, etiamsi ea sit falsa confessio; modò tamen à quocunque alio datum sit damnum; quæ confessoria dicitur actio. Quòd si autem revera nullum sit datum damnũ, ne quidem ab alio, cesset hac actio, etiam contra falsò confitentem, si hic doceat postea non esse datum damnum. 41

l. inde Neratius 23. §. ult. & l. seq. ff. ad L. Aquil.

Quòd si plures damnum dederint; veluti si plures servum percusserint, vel trabem dejiciendo hominem oppresserint, quæritur an omnes teneantur? Et decisum legimus, si quidem casu priori appareat, cujus ictu perierit, ille 42

ille quaſi occiderit teneatur. Quòd ſi non appareat, omnes quaſi occiderint teneri: ut & caſu poſteriori indiſtinctè. Et ſi cum uno agatur, cæteros non liberari: ſiquidem ex lege Aquilia quod alius præſtitit, alium non relevet, cum ſit pœna.

[a] *d.l. item Mela* 11. *§. ſed ſi plures ſervum, & §. ſi plures trabem, ff. eod. tit.* Facit huc *l. 7. in fine, junct. l. 8. ff. de juriſdict.* Sed hoc verum intelligunt Dd. ſi dolo ſit datum damnum, non etiam ſiculpa. Petr. Coſtal. *ad d.l. item Mela* 11. *§. ſi plures, ff. h. t.* & Zaſ. *in ſumma ejuſd. tit. mihi pag.* 243. Dn. D. Beſold. *part.* 1. *delibat. ad lib.* 9. *ff. queſt.* 3.

43 Sed utrùm ſinguli in ſolidum teneantur, etiam quòd ad ipſius damni æſtimationem, & ita quidem, ut quod unus præſtitit, alterum non relevet, anceps eſt quæſtio? Et licèt aiens ſententia juri conſentanea videri poſſet; [a] æquius tamen & verius eſt, quatenus non pœnalis, ſed rei perſecutoria hæc eſt actio, à ſingulis quidem ſolidum peti poſſe, [b] ſed ab uno quod præſtitum eſt, alios relevare. [c]

[a] Tum quòd Iuriſconſultus Vlpian. *dict. l. item Mela.* 11. *§. ſed ſi plures, ff. eod. tit.* ſimpliciter & generaliter ait; ſi cum uno agatur, cæteri non liberantur: Tum quòd I C. Iulianus *in l. ita vulneratus.* 51. *verſ. æſtimatio autem. ff. h. t.* expreſsè ſcribit, ſi duo ſeparatim & diſtinctis temporibus ſervum vulneraverint, & quidem ſinguli mortiferè, utrumque ſervo inde mortuo ad damni æſtimationem teneri. Sed vide ad eandem, leg. Petr. Coſtal. Tum etiam quòd in caſu tantùm, quo ſervi plures ejuſdem domini damnum dederunt, æſtimatio perinde fieri jubetur, ac ſi unus duntaxat, damnum dediſſet, *l. illud quæſitum* 32. *ff. eodem tit.* Extra hunc igitur caſum aliud eſt dicendum, quòd ſcilicet in ſingulis ſolidi æſtimatio fiat, *per l. Quæſitum eſt* 12. *§. idem reſpondit. verſ. nam qui hac, ff. de inſtruct. ut inſtrumen. leg.* Tum denique, quod ſi plures eandem arborem furtim ceciderint, cum ſingulis in ſolidum agitur, *l. ſi plures, 6. in princ. ff. arbor. furt. caſ.* Atque hanc etiam ſententiam tenet Rolandus à Valle *conſ.* 63. *num.* 14. *vol.* 1. *ubi, quilibet in ſolidum ad damnum emendandum tenetur. Vol.* 2. [b] *l. ſi plures 6. in princip. ff. arbor. furt. caſar. & l.* 3. *ff. de his qui dejec. vel effud.* [c] Hotoman. *ad §. his autem ſcribis legis, Inſtitut. de L. Aquil.* Zaſ. *in ſumma t. ff. ad L. Aquil. pag.* 243. *verſ. ſi vero plures.* Weſembec. *in parat. ff. h. t. num.* 9. *l.* 1. *§. ultim. junct. l.* 3. *ff. de his qui dejec. vel effud. & l.* 1. *Cod. de condict. furt. l. proinde* 6. *ff. d. t. & in utraque. Inſt. de duobus reis ſtipul. l. alieni res* 20. *§.* 1. *ff. de pig. act. l.* 1. *in fin. junct. al.* 3. *verſ. eumq; ff. de exercit. act.* Huc quoq; pertinere videtur, quòd bona fides non patitur, ut idem bis exigatur, *l. bona fides. ff. de R. I. & l. qui ſervum* 34. *in pr. verſ. quoniam. ff. de Obligat. & Actionib.*

44 Vnde ſi liber homo in rixa interfectus ſit, & ſciri non poſſit, cujus ictu perierit, omnes & ſinguli, qui percuſſerunt, ejus conjugi, liberis, vel parentibus, damnum, quod inde contraxerunt, emendare in ſolidum tenentur. [a] etiam jure VVirtembergico. [b] Vnus tamen ſi ſolidum præſtiterit, cæteri liberantur. [c]

[a] *d.l. item Mela*, 11. *§. ſed ſi plures, & §. ſi plures, & d.l. ita vulneratus* 51. *verſ. Idq; eſt conſequens, ff. ad L. Aquil.* & communiter tenuunt Dd. quos citat & ſequitur Alexand. *conſ.* 15. *num.* 12. *vol.* 1. & Roland. à Valle *d. conſ.* 63. *num.* 16. *verſ. ſecundò non obſtat. Vol.* 2. [b] Fürſtliche Würtembergiſche Hoffgerichts Ordnung, *parte* 3. *p.* 92. *verſ.* Da jemand in einer. [c] *argum. l.* 1. *§. ult. junct. l.* 3. *ff. de his qui dejec. vel effud. d. l.* 1. *in fin. junct. al.* 3. *verſ. eumq; ff. de exerc. act. d. l.* 1. *Cod. de condict. furt. l. proinde* 6. *ff. d. t. l. ſi pignore* 54. *§. pen. ff. de furt. l. qui ſervum.* 34. *in pri. verſ. quæritur. ff. de Obligat. & act.*

Simi-

Similiter si in plurium rixa homo aliquis liber vulneratus sit, [a] nec constet, à quo vulnus acceperit, tunc omnes, qui percusserũt, in solidum [b] vulnerato tenentur ad damnum illud emendandum: puta ad impendia in curatione facta, mercedes item medicis præstitas, & operas, quibus caruit, & cariturus est, ob id quod inutilis est factus: [c] etiam jure Wirtembergico, [d] Vnus tamen si solidum præstiterit, cæteri liberantur. [e] 45

[a] *d. l. qua actione. 7. in princ. l. si plures 6. in princ. ff. arb. furt. cæs.* [b] *l. 1. in fine, ff. de his qui dejec. vel effud. l. item Mela 11. §. sed si plures, & §. si plures, l. ista vulneratus 51. vers. idque est consequens, ff. ad leg. Aquil. & l. ultim. ff. de his qui dejec. vel effud.* [c] *d. l. qua actione 7. in princ. ff. dict. t.* [d] Fürstliche Würtembergische Hoffgerichts Ordnung / *parte 3. pag. 92. vers. ultimi.* [e] *d. l. 3. ff. de his qui dejec. vel effud. l. 1. in fine juncta l. 3. vers. eumque, ff. de exercit. act. l. 1. Cod. de condict. furt. & l. 6. ff. d. tit.* Zas. *in summa tit. ff. ad L. Aquil. mihi pag. 225. vers. si verò plures.*

Datur autem legis Aquiliæ actio etiam hæredi, cæteriſq; successoribus. In heredem autem & cæteros successores non datur, cum sit ex maleficio pœnalis; ne quidem quo casu est rei persecutoria; nisi fortè ex ipso damno heres factus sit locupletior, vel lis cum defuncto sit contestata. 46

l. inde Neratius 23. §. hanc actionem, ff. ad L. Aquil. §. his autem ubi gloss. & Hotoman. *Instit. de L. Aquil. §. non autem omnes. Inst. de perp. & temporal. actionib. l. pupillum 111. §. 1. l. toties 44. & l. sicuti 39. ff. de Reg. l.* Anton. Gomez. *tr. tract. Var. resolut. Tom. 3. cap. 1. num. 85.* Hartm. Pistor. *lib. 1. quæst. jur. quæst. 27. num. 2.* Thoming. *decis. 24.* Modestin. Pistor. *quæst. 107. num. 6.*

Sed an cum infamia hæc actio sit conjuncta, quæri solet? Negativa veritati propior videtur. 47

argum. l. Si servus servum 27. §. si cum marito 30. & ibi gl. ff. ad leg. Aquil. junct. l. Diverrij 2. C. Rer. amotar.

Cùm hac actione ex facto eodem concurrit ex l. 12. tab. [a] actio arborum furtim cæsarum; [a] puta contra eum, qui alienam arborem [b] ignorante domino, celandique ejus causa, [c] furtim, [d] vel cedit, [e] vel subsecuit, [f] cujus condemnatio duplum continet, [g] cui tamen duplo ipsum damnum inest. [h] 48

[a] *l. 1. l. 5. §. 1. l. pen. ff. arb. furt. cæs.* [b] arboris appellatione continentur etiam vites, item hederæ & arundines, *l. 3. in princ. & §. 1. ff. d. tit.* [c] *l. furtim 7. in prin. & l. seq. in fine, ff. eod. tit.* [d] furtim arborem cædit, qui clam cædit. *l. faciendæ 8. §. 1. ff. d. tit.* [e] Cædere est non solùm succidere, sed etiam ferire cædendi causa, *d. l. 5. in princ. ff. eod.* [f] *d. l. 5. in princ. & d. l. furtim 7. §. 2. ff. d. tit.* Qui radicitus arborem evulserit, vel extirpaverit, actione quidem L. Aquiliæ, non etiam hac tenetur, *d. l. furtim 7. §. 2. ff. h. t. arb. furt. cæs.* [g] *d. l. 7. §. ultim. ff. eod.* [h] *d. l. faciendæ 8. in prin. & l. seq. ff. d. tit.* Cujac. *in lib. 39. Pauli ad edictum, pag. 249.* Berlich. *tom. 5. conclus. 52. & seq.* Ego *de furt. cap. 2. nu. 102. & seq.*

Etsi plures eandem arborem cæciderint, cum singulis in solidum agetur. 49

l. si plures 6. in princ. ff. arb. furt. cæs.

Licet autem de arboribus cæsis, ex L. Aquilia actum sit, nihilominus tamen ex l. 12. tab. hac actione experiri licet; [a] sed in id duntaxat, quod amplius est in hac actione. [b] 50

[a] *d. l. pen. ff. arb. furt. cæs.* obstare videtur *l. 1. ff. ad leg. Aquil.* Vide Donell. *lib. 21. comment. c. 3. pag. 472. Jm. 28. & seq.* [b] *d. l. 1. ff. d. t.* Ratio est, quia ex uno facto utraque illa actio pœnalis descendit. Sed obstare videtur *l. plura delict. 153. ff. de obligat. & actionib.*

[a] §. Vit. Inſt. de Vi bonor. raptor. l. 2. §. in hac actione non utique. ff. eod. t. [b] d. l. 2. §. in hac actione intra annum, ff. d. t. C. d. tit. Inſt. de Vi bonor. raptor. in pr. l. 1. & l. 2. §. 13. ff. eod. Cur autem raptor mitius puniatur, quàm fur manifeſtus, nullam ſufficientem rationem tradi poſſe ſentiũt Dd. ad prin. tit. Inſt. de Vi bonor. raptor. At quòd hic mitius puniatur etiam civiliter, quàm manifeſtus fur, plane negamus: quippè cùm etiam manifeſti furti actiõ contra eum ſit comparata, ut antea diximus.

104 Et datur contra eum, qui dolo malo [a] rem alienam rapuit, non etiam adverſus ejus ſucceſſores, quia pœnalis eſt. Heredi tamen, cæterisq; ſucceſſoribus competit. [b]

[a] l. 2. §. dolo autem, & §. hac actione is. §. Vi bonorum raptorum 19. ff. Vi bonorum raptor. [b] d. l. §. ult. ff. eod. & §. 1. Inſt. de perpet. & temp. act.

105 Ipſarum quoque rerum raptarum nomine condictione, itemq; vindicatione agi poteſt.

d. l. 2. §. pen. & ult. in fin. ff. Vi bonorum & raptor.

106 Poteſt quoque actor, omiſſa hac civili actione, extra ordinem criminaliter contra raptorem experiri.

l. ultim. ff. de priv. delict.

Eſt & illud hic notandum, quod quis nec propriam rem alii eripere au
107 thoritate propria poteſt, niſi ſpoliatus in continenti rem ſuam recuperet: alioqui dominium rei ſuæ amittit. [b]

[a] l. 3. §. eum igitur, ff. de Vi & Vi armat. [b] l. ſi quis tantam. C. unde Vi. l. entat. 7. ff. de eo quòd metus cauſa.

108 Coronidis loco, & illud hic de furto & rapina ſubjicere placet, quod judex ad inquirendas res furtivas, & vi raptas ingredi poteſt domos ſubditorum, qui præſumptionibus & indiciis aliquibus gravati competiuntur.

Vide Cagnol. ad l. Nemo 104. *num.* 3. *ff. de reg. jur.* & Dd. *l. C. de ſervis fugitivis.* Cujac. *ad Inſt. Paul. lib.* 2. *ſentent. tit.* 31. *per l. juſtè.* 11. *ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ. l. factum.* 155. §. 1. *ff. de reg.* Matth. Stephan. *cent.* 4. *quæſt.* 3. Petrus Gregor. *in Syntagm. jur. univerſ. lib.* 37. *cap.* 1. *nu.* 20. Clar. *jur.* Vide Boër. *deciſ.* 174. *num.* 20. Iohañ. Coraſ. *ad l.* 1. *num.* 83. *ff. de ſervitut.* Kõepen *deciſ.* 8. *lib.* 5. *ſentent.* §. *furtum. num.* 3. Matth. Berlich. *part.* 5. *concluſ.* 45. *num.* 24. Videatur omnino Dn. D. Beſold. *in theſaur. practico. lit. H. num.* 20. *Verbo* Haußſuchung.

CLAS. IV. DISPUT. II.

DE DAMNO, EX QVO LEGIS AQVILIÆ; vel in factum prætoria actio: tum etiam de corruptela hominis.

THESIS I.

TErtia privati delicti nominati ſpecies eſt damnum. [a] DAMNUM eſt delictum privatum, [b] quoquis non jure [c] patrimonium alicujus citra rei interceptionem [d] facto quodam diminuit. [e]

[a] Damnum per metonymiam effecti ſignificat juris conditoribus ipſum delictum *in l. 4. ff. de obligat. & act. & §. 1. Inſt. de obligat. qua ex delict. naſc.* [b] Quia inde actio forenſis ad privatum commodum prodita eſt. [c] *l. 3. ibi, oportet injuria id eſſe factum. & l. 5. in prin. §. 1. ff. ad l. Aquil.* [d] Hoc differt damnum à furto & rapina. Bald. *ad l. ſi ſervus ſervum. 27. §. ſi oliva 25. ff. ad legẽ Aquil.*, & poſt eum laſ. *ad l. ſi familia. 4. nu. 5. ff. de furt. deſtr.*, aliud eſt damnum, inquit, aliud furtum;

Digitized by Google

tum, quia damnum est cum corruptione: furtum cum amotione. [c] Quia damnum, de quo hic agimus, variis fit modis, & damnum à diminuendo dicitur, *l.1. & l.3.ff.de dam. infect.* commodum omnino hoc verbum esse nobis videtur, quo præsens delictum definiatur.

Est autem duplex hoc damnum: damnum ita in specie dictum, [a] & cor- 2
ruptela hominis, puta servi filiive famil. [b]

[a] *dict.l.4.ff.de obl.& act. & d.§.1. Instit.de oblig.quæ ex delict.nasc.* [b] *l.si quis servum 9. §.si in servo, ibi. ad omnes enim corruptelas hac actio pertinet. ff. de servo corrupt.* & hanc corruptelam damni speciem esse patet *ex l.si quis servum 9. §. ultim. & l.seq.ff.d.t.*

Damnum [a] ita in specie dictum est, cum quis alicui in corpore [b] rei ipsius 3
facto [c] quodam nocet.

[a] De damno est *tot.tit.ff.ad l.Aquil.& tit.C. & Inst.de l.Aquil.* tum etiam *tit.ff. arb.fore. cæs.* Vti arguit *l.1.in pr.& l.5.§.1. & l.pen.ff.d.t.* [b] Hoc differt damnum ita in specie dictum, à corruptela: quòd illud pertinet ad corpus rei, hæc verò ad hominis animum & mores. Cujac. *in lib.19. Pauli ad edict. pag.* 273. Doncll. *lib.15. comment.jur.civ.c.25.* [c] *l.si cujus.13. §. de præscriptis. ff. de usufruct.*

In hoc delicto spectamus tum eum, qui ex damno dato obligatur: tum 4
genera damnorum.

Obligatur autem ex dato damno, qui injuriâ, id est, contra jus [a], puta do- 5
lo, vel culpa sua [b] etiam levissima [c] damnum alicui attulit.

[a] *l.si servus 3.l.sed & si.5.§.1.ff.ad l.Aquil.& §.injuriâ autem occidere. Inst.de L.Aquil.* [b] *l. qui occidit.30. §.in hac quoque actione, ff. ad l. Aquil. §.injuria autem. Vers.ac ne is quidem, Inst.d.t.* [c] *l.in lege Aquilia 44.ff.d.t.* Andr.Geil. *lib.2.obser.cap.22.n.2.*

Sed utrum delictum sit, vel quasi delictum damnum, solâ culpa levi vel 6
levissima datum, anceps est quæstio? [a] Nos quasi delictum esse affirmamus. [b]

[a] Vide Hotom. *ad §.præterea si medicus.6. Inst.de l.Aquil.* [b] *argum.tot.tit.Inst. de oblig. quæ ex del.nasc. & l.si quis 5.§.si judex. & §§.seqq.ff. de Oblig. & Action. alij neg.int. & observare videtur l.illud quæsitum 32. in fine pr.ff.ad l. Aquil.*

Quia autem dolus vel culpa hîc requiritur, ut qui damnum dedit obli- 7
getur, certè non tenetur ob damnum à se datum, qui doli aut culpæ capax non est; ut est furiosus, item infans, tum etiam impubes, qui injuriæ capax non est.

d.l.sed etsi.5.§. & ideo. & §§.seqq.ff.ad l.Aquil.

Neque tenetur etiam, qui licet doli aut culpæ capax est, id tamen, quod 8
fecit non injuria fecit; qualis est, qui jure permittente quid fecit, vel casu fortuito. Iure permittente latronem insidiantem tibi, vel quemcunq; alium ferro te petentem occidere, & vulnerare poteris.

d.l.it.aq;.4.in pr. & l.5.in princ.ff.d.t.l.1.§.sum Si.ff.unde Si. & l.ut Sim.3.ff.de just.& jur.

Nec obligatur, qui vel furem noctu deprehensum occidit: vel occidit 9
furem interdiu deprehensum, & telo se defendentem; modò tamen ut illo, sic & hoc casu id ipsum cum clamore sit testificatus.

dict.l.aq;.4.§.1. & l.seq.ff.eodem tit. Vide Ioh.Schneidevvin. *ad §. injuria. num. 6. & 7. Instit.de l.Aquil.*

Iure item permittente quis adversarium occidere vel debilitare potest, 10
publico certamine instituto, in colluctatione, in pancratio, in pugilatu;

modò non petierit cedentem: quippe cùm gloriæ cauſa, & virtutis, non injuriæ gratia damnum dediſſe videatur.

l. qua actione. 7. §. ſi quis in colluctatione. 4. ff. eodem tit. Cujac. *lib.* 21. *obſervat.* 20. Berlich. *tom. 5. concluſ.* 16. *n.* 2. Schrader. *de Feud. part.* 9. *cap.* 4. *num.* 47.

11 Si quis item maritus domi ſuæ deprehenſum aliquem in adulterio occiderit, aut vulneraverit, non tenetur ob hoc damnum; quippe qui lege Iulia permittente id fecerit.

l. qui occidit. 30. *in pr. ff. ad l. Aquil.* Quod enim fit lege permittente, pœnam non meretur. *l. Gracchus. C. ad l. Iul. de adult.* Scil. levioris conditionis hominem. Nam maritus non quemlibet (ut pater) occidere poteſt. *l.* 20. *ff. ad l. Iul. de adult.*

12 Sed an obligetur etiam de reſarciendo damno, qui incendii arcendi gratia vicinas ædes conflagrantes intercidit, juſta quæſtio eſt? Labeo Iuriſcõſultus id quidem voluit: at Celſus & Vlpianus rectè negarunt; ſiquidem non injuriâ, ſed juſto metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret, id fecerit; [a] & ædes æquè perituræ fuiſſent, etiamſi à vicino non fuiſſent interciſæ. [b]

[a] *l. ſi quis fumo.* 49. §. 1. *ff. ad l. Aquil. &* l. 3. §. *penultim. ff. de incend. ruin. nauf.* [b] *l. ſi alius fecerit.* 7. §. *eſt & alia, ff. quod vi aut clam* Andr. Geyl. 2. *obſerv.* 23. *nu.* 3. *verſ. Porrò quia arcendi.* Excellentiſs. Beſold. *part.* 1. *delibat. ad lib.* 9. *ff. quæſt.* 5. *fol. m.* 573.

13 Quòd ſi verò pro ſalute totius viciniæ, ne ignis omnia urat, & latiùs ſerpat, domus vicini nondum ardens diruatur, omnes vicini pro ejus reparatione in commune contribuere debent.

Argument. l. 1. *&* 2. *ff. ad l. Rhod. de jactu.* Andr. Geil. poſt alios, quos refert *d. obſervat.* 22. *nu.* 4. Quòd ſi autem jam pervenerit ad vicini ædes, quæ dirutæ ſunt, ad contributionem illam vicini non tenentur, *per d. l. ſi alius* 7. §. *eſt & alia. ff. quod vi aut clam.* latè Farinac. *in ſuâ prax. crimin. part.* 3. *quæſt.* 110. *cap.* 3. *num.* 144. *& ſeqq.*

14 Idem etiam de eo dicimus, qui ſervandarum mercium ſuarum cauſa alienas merces, quæ periculum cæteris pondere ſuo minabantur, in mare projecit.

l. qui ſervandarum. 14. *in prine. ff. de præſcrip. verb.* cui legi conjungenda *l.* 3. §. *penult. in fin. ibi, cum aliæ non poſſit. ff. de incend. ruin. nauf. & d. l. ſi alius fecerit.* 7. §. *eſt & alia, ff. quod vi aut clam.*

15 Similiter ſi quid magiſtratus adverſus reſiſtentem fecerit violentius, ac propterea quid ruperit, non tenetur de illo damno, [a] ut qui nihil injuria facit, qui facit jure licito, & jure honoris, quem ſuſtinet. [b]

[a] *l. quemadmodum.* 29. §. *pen. ff. ad l. Aquil.* [b] *l.* 3. *ff. quod metus cauſa, & l. injuriarum.* §. 1. *ff. de injur.*

16 Caſu fortuito damnum dediſſe dicitur, cujus nulla culpa ipſum caſum præceſſit; quod duobus accidit modis. Vnus eſt, ſi caſus, quo damnum datum eſt, nulla humana providentia prævideri potuit; ut ſi quis alterius impulſu damnum alicui dederit; [a] vel ſi putator ex arbore ramum, aut machinarius quid dejecerit in privatum locum, ubi vulgò inter non ſit, & prætereuntem hominem ita occiderit, vel debilitaverit. [b]

[a] *d. l. quæ ratione.* 7. §. *proinde ſi quis. ff. ad l. Aquil.* [b] *l. ſi putator* 13. *ff. d. t.* §. *æquè extra culpam. Inſt. eodem tit.*

17 Alter modus eſt, ſi prævideri quidem caſus potuit, culpa tamen, quâ vacat exigenda ab eo non eſt, qui damnum dedit, ſed potiùs illi adſcribenda, qui

Digitized by Google

qui accepit damnum: Veluti si quis, cum dejiceret aliquid pro commodo suo ex arbore, vel ædibus suis in publicum locum, ante proclamaverit, & nihilominus casu ejus, quod dejectum est, damnum alicui datum sit. De hoc enim damno qui agit, summovetur.

dict. leg. si putator 31. *& l. qui foveas* 28. *§. 1. ff. ad leg. Aquil. d. §. item si putator. Inst. eod. tit.*

Si quis item foveas urforum cervorumq; capiendorum causa fecerit, aut laqueos posuerit illis in locis, ubi fieri & poni solent, licet homo, vel pecus in foveas, aut laqueos illos deciderit, & damnum inde acceperit, adversus tamen facientem vel ponentem si egerit quis summovebitur, etiamsi nulla proclamatio sive denunciatio facta sit. 18

d. l. qui foveas, 28. *in princ. & l. seq. in princ. ff. d. t.*

Similiter si quis in ludo jaculatorio, cum esset ex iis, quibus jaculandi jus erat, sagittam ad scopum sit jaculatus, & casu prætereuntem trajecerit, de hoc damno non tenetur. 19

l. item si 9. *§. ult. ff. h. t. §. injuria autem, vers. itaq; si quis dum jaculis. Inst. eod. t.*

Qui item dum pila tempestivè luderet, ubi ex consuetudine ludebatur, pila vehementiùs percussa, aliquem ex spectatoribus elusçaverit, ob damnum illud conveniri eum jura vetant. 20

l item Mela, 11. *in princ. l. si ex plagis* 52. *§. ult. ff. eod. tit. d. §. injuria autem, vers. itaq; si quis dum jaculis, Inst. h. tit.* Ubi Dd. *communiter.*

Sequitur de generibus damnorum, quæ duo sunt: aut enim ipsum rei corpus læditur: aut integro rei corpore in eo alicui nocetur. 21

§. ult. Inst. de L. Aquil.

Priori generi proposita est Lex Aquilia: [a] cujus hodie duo sunt capita; unum pertinet ad eum, qui alienum hominem, aut quadrupedem, quæ pecudum numero est, veluti ovem, capram, bovem, equum, mulum, asinum, suem, elephantum, camelum occidit. [b] Alterum spectat ad eum, qui hominem vel pecudem ussit, fregit, rupit, vel aliud animal, puta canem, avem, aprum, leonem, &c. occidit, aut ussit, fregit, rupit. [c] Vel rem quamcunque aliam, quæ anima caret, corrupit. [d] 22

[a] *d. §. ult. Inst. de L. Aquil.* [b] *l. 2. in princ. & §. fin. l. quemadmodum* 29. *§. hac actione, ff. ad L. Aquil. Inst. eod. tit. in princ. l. legatis* 65. *§. pecoribus legatis, & l. servis legatis* 31. *§. pecudibus, ff. de leg.* 3. [c] *l. si servus* 27. *§. tertio autem, & §§. seqq. d. l. quemadmodum* 29. *§. hac actione, ff. ad L. Aquil. & §. cap.* 3. *Inst. eod.* [d] *d. §. cap.* 3. *Inst. h. t. d. l. si servus* 27. *§. si quis vestimenta, & §§. seqq. ff. d. t.* Dn. D. Besold. *delibat. part.* 1. *fol.* 372.

Et de hoc proximo genere competit actio civilis, [a] quæ dicitur actio legis Aquiliæ, [b] item simpliciter Aquiliæ actio, [c] tum etiam damni injuriâ actio, [d] & damni injuriæ actio. [e] In qua spectamus, tum quotuplex ea sit; tum quid veniat eam in actionem. 23

[a] *per l. 1. §. 1. ff. ad L. Aquil. & vers. illud palàm, Inst. de L. Aquil. juncta l. jus autem civil.* 7. *ff. de just. & jur.* [b] *l. sed etsi* 5. *§. 1. & 2. & toto tit. ff. ad L. Aquil.* [c] *l. si cujus* 13. *§. de præteritis, ff. de usufruct.* [d] *l. impuberem* 23. *ff. de furt. l. quemadmodum* 29. *§. item Labeo, l. si servus servum* 27. *§. si furtum, & §. Proculus, & §. si calcem ff. ad L. Aquil.* [e] *Inst. de L. Aquil. in princ.*

Est autem duplex hæc actio: Directa & Utilis. [a] Directa legis Aquiliæ actio est, quæ ex ipsis legis Aquiliæ verbis competit ei, qui dominus [b] est 24

Digitized by Google

rei læſæ, adverſus eum, cujus præcipuè & rectà *Corpore* animal alicujus occiſum, aut vitiatum, vel res alia deterior facta fuit. [c]

[a] *§. caterùm, & §. ult. Inſt. d. t. & l. liber homo 13. in princ. ff. ad L. Aquil.* [b] *l. Item Mela 11. §. legis autem Aquiliæ, junct. §§. ſeqq. d. t.* [c] *d. §. caterum, & §. ults. Inſt. d. L. Aquil. l. ſi ſervus 27. §. ſi quis veſtimenta, & §§. ſeqq. ff. eod. tit.*

25 Vtilis legis Aquiliæ actio eſt, quæ non ex verbis, ſed ex interpretatione, & ad exemplum Plebiſciti Aquilii competit: eaq; ſæpenumero in factum actio appellatur: [b] qualis eſt, quæ datur bonæ fidei poſſeſſori rei læſæ; [c] item fructuario & uſuario, læſa re fructuaria vel uſuaria. [d]

[a] *l. nominis 6. §. 1. Vbi Cujac. Alciat. Gœdd. de V. S. l. ſed etſi 12. ibi, ad exemplum legis Aquiliæ. ff. ad L. Aquil.* [b] *l. qua actione 7. §. proinde, & §. Celſus autem, l. item ſi obſtetrix 90. l. item Mela 11. §. 1. ff. d. t.* [c] *d. l. item Mela 11. §. ſed ſi ſervus, ff. eod. tit.* [d] *d. l. Item Mela. 11. §. ult. & l. ſeq. ff. dict. & l. locum 17. §. ultim. ff. de uſufruct.*

26 Eadem hæc actio libero quoque homini vulnerato aut debilitato ad damni, non corporis æſtimationem competit; ſiquidem hic ſuorum membrorum dominus non fit.

l. liber homo 13. in princ. ff. ad L. Aquil. Cujac. *lib. 21. obſerv. 20.* Dn. D. Reſold. *part. 1. delibator. fol. 569. ex lib. 9. ff. tit. 2.*

27 Sed an patri hæc utilis vel directa detur actio filiofam. injuriâ vulnerato, quæri poteſt? Et dari ei hanc utilem actionem ad damni æſtimationem, [a] non autem actionem directam, [b] verius videtur.

[a] *per l. eum diuh. 52. §. ſocium univerſa, ff. pro ſocio, & l. qua actione 8. §. in colluctatione, verſ. in filiofam. vulnerato ff. ad L. Aquil. & l. Mater filij. 38. §. 1. ff. de furtis.* Cujac. *d. lib. 21. cap. 20.* Donell. 15. *comment. c. 26. pag. 454. num. 20.* [b] *per d. l. liber homo 13. in princ. ff. ad L. Aquil.* Obſtare videtur, quod patri etiam rei vendicatio nomine filiiſam. cõpetit. *l. 1. §. 1. ff. de rei vind.* & actio furti ob filiumfam. furreptum *l. eum qui 14. §. ſi filiusfam. & d. l. mater 38. §. 1. ff. de furtis.*

28 Similiter & illud in quæſtionem hoc loco vocari poteſt, an hæc actio competat ob ſtuprum virgini illatum? Et ipſi ſtupratæ fœminæ, ſi volens ſtuprum paſſa ſit, neq; hanc dari actionem putamus. [a] Sin per vim ſtuprata fuerit, nec tamen ei hanc competere actionem, modò ipſo ſtupro vel partu, id eſt, fœtus editione difficiliori, ejus corpus læſum non fuerit, plane arbitramur. [b]

[a] Volenti enim nõ fit injuria, *l. 1. §. uſq; adeò in fin. ff. de injur.* Et nemo ex propria culpa damnũ ſentire intelligitur, *l. quod quis 203.* Vbi Petr. Fab. *ff. de R. I.* Et legis Aquiliæ actio pertinet ad damna, quib. res familiaris non dignitas minuitur, Br. *ad l. ſi ſervus ſervum 27. §. ſi oluã. ff. ad L. Aquil.* & Iaſ. *ad l. ſi familia. ff. de jurejur.* Huc quoque conſert, quod etiam fœmina prægnans, puerpera ſana eſſe dicitur, *l. quæritur 14. §. 1. & §. puerperam ff. de adil. edict. & l. 2. §. ſi non propter. ff. ſi quis cautionib.* Deniq; hanc probat ſententiam gl. *ad l. ſi ſtuprum. 25. in verb. actionem. ff. de injur. & ad l. ſi ſervus ſervum. §. ſi olivam, in verb. aquilia tenebitur, ff. ad L. Aquil.* [b] Per id, quod modò dictum fuit, etiam ſtupratam fœminam pro ſana haberi; quodq; actio L. Aquiliæ ob rei familiaris, non dignitatis, deminutionem competit.

29 Quin etiam licèt ex ipſo conceperit fœmina congreſſu, & prolem peperit, nec tamen puerperii impenſam hac peti actione exiſtimamus.

per rationes præcedents cauſam actio adſcripta.

30 Quia tamen infantem etiam ſpurium ſolius patris impenſa ali oportet, non etiam matris ſumptu, niſi in ſubſidium: [b] proindeq; mater alendo prolé negocium gerat patris, negociorum geſtorum actione ſumptus puerperii, & edu-

& educationis ab eo exigere poteſt; [c] modò actione præjudiciali de partu agnoſcendo inſtituta, probarit priùs eum, quem convenit, patrem eſſe. [d]

[a] *Auth. licet, C. de natur. lib. c. cũ haberet, in fin. extra de eo quid duxit in matrim. c. 48. p. 307. Zaſ. ad §. præjudiciales actiones, Inſt. de action.* Vbi de Scholarib. loquitur, qui mulierẽ imprægnarũt, & ait, hos cogi poſſe, ut partum alant. [b] *l. Neſennius 34. ff. de neg. geſt. & l. ſi quis. 5. Sergò & matrem. jũcto §. ſi mater, ff. de agnoſc. & al. lib.* [c] *d. l. Neſennius 34. ff. de neg. geſt. junctæ d. l. 5. §. ſi mater ff. de agnoſc. & al. lib.* [d] *d. §. præjudiciales, Inſt. de act. l. 1. §. ult. l. 3. §. 2. quid ergò ff. de liber. agnoſcend. & alend.* Et hac utraque actione conjunctim experiri fœminas (id quod ſæpe fieri vidimus) autumo, quando marem in judicio conveniunt, affirmantes eum partus ſui patrem eſſe, petentes judicari, ut is eum agnoſcat, alat, & puerperii impenſam ſolvat.

Competit præterea hæc utilis actio legis Aquiliæ contra eum, qui non 31
corpore ſuo damnum alicui dedit, ſed cauſam duntaxat interitus, vel deteriorationis præbuit; Vt qui hominem alienum, aut pecus ita incluſit, ut fame perierit: aut jumentum ita vehementer egit, ut ruptum ſit: aut pecus in tantum exagitavit, ut præceps ſit actum: aut alieno ſervo perſuaſerit, ut in arborem adſcenderet, vel in puteum deſcenderet, & is aſcendendo vel deſcendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis læſus ſit: [a] aut Ciſiarius dum cæteros trãſire contendit, ciſium evertit, & ſervum quaſſavit, aut occidit: [b] aut qui equum ita concitavit, ut calce percutiendo aliquem læſerit: [c] aut qui vinum vel frumentum conſumpſit: [d] aut qui glandem ex cõfinis arbore in ſuum fundum delapſam ſuo pecore immiſſo depavit: [e] aut qui in ſtipulam ſuam, vel ſpinam comburendæ ejus cauſa ignem immiſerit, & ulteriùs evagatus, & progreſſus ignis alienam ſegetem vel vineã læſerit, [f] aut qui opem duntaxat alteri damnum dãti præſtitit, ut qui tenuit aliquem, ut alter eum interimeret, [g] vel canem ſaltem irritavit, ut aliquem morderet. [h]

[a] *§. cæterum placuit, 16. Inſt. de L. Aquil.* [b] *l. item quæritur 23. in prin. ff. locati.* [c] *l. 1. §. & generaliter, ff. ſi quadrupes pauper fec. dicetur.* [d] *l. qui occidit. 30. §. ſi quis alienum. ff. ad L. Aquil.* [e] *l. qui ſervum 14. §. ult. ff. de præſcript. verb.* [f] *d. l. qui occidit. 30. §. in hac quoq; actione, ff. ad L. Aquil.* Cujac. *in lib. 21. Pauli ad Edictum pag. 360.* [g] *l. item Mela. 11. §. ſi alius tenuit. ff. ad L. Aquil.* [h] *dict. l. item Mela. 11. §. item cum eo. ff. dict. tit.*

Diſpiciemus modò quid veniat in hanc legis Aquiliæ actionem, dire- 32
ctam & utilem. Venit autem in eam æſtimatio damni dati, non principalis tantùm, ſed & ejus quod intereſt: [a] quæ tamen æſtimatio ex communi judicio, non ex ſingulari affectione, & ſingulorum utilitate ineunda eſt. [b]

[a] *l. ait lex. 21. §. ult. & ll. ſeqq. ff. ad L. Aquil. §. illud nõ ex verbis. 10. Inſt. eod. tit. & l. 2. §. 3. ff. de priv. del. lect.* [b] *l. ſi ſervum. 33. ff. ad L. Aquil.* vide Iohan. Robert. Aurelian. *lib. 3. ſent. jur. c. 14.*

Vnde libero homine vulnerato, aut membro aliquo debilitato, peti hac 33
actione poteſt, quod minus ille ex operis ſuis propter damnum illatum habiturus eſt; tum etiam impendia pro curatione facta, proindeq; etiam merces medico data, vel adhuc danda.

l. hac actione. 7. in princ. & l. ſi ſervus 27. §. rupiſſe. ff. ad L. Aquil. & l. ex hac lege. 3. ff. ſi quadr. paup. feciſſ. dicetur. c. 1. ibi. operas ejus & impenſas in medicos reſtituat. extra, de injur. l. ult. ff. de his, quæ dejec. vel effud. Fürſtl. Würtemberg. Hoffgerichts Ordnung / *part. 3. tit. 25.* Von Schmach vnd Schlaghandlungen. *§.* Wenn jemandt. *pag. 92. in fine.* Eſt autem hîc notandum diligenter, quòd in æſtimando damno cũ primis ſpectari debet, vitæ genus hominis læſi, puta illius opera & opificium, quod exercet; cujus item ſit ætatis, id eſt, quãdiu adhuc ſuperſtes futurus veriſimiliter credatur, Gl. *ad l. 3. in verb. impenſarum. ff. ſi quad. paup. fec. dic. per l. here-*

ditarium ff. ad L. Fal. Sicaliquando nobili militi, utroque oculo ex vulnere inſidioſè orbato in Camera Imperiali multa millia pro militaribus officiis, quibus poſtea carituras erat, per ſententiam adjudicata ſunt, Andr. Gail. *lib. 2. de pac. publ. c. 2. num.* 19. Me quoque Adſeſſore in ſuprema Curia Wirtembergica, Anno, 1590. 4. *Junij*, actori cui brachium alterum planè inutile factum erat, adverſarius pro eo damno condemnatus fuit in 150. flor. *An. item* 87. 20. *Septemb.* per ſententiam Reus pro damno juſſus fuit flor. totidem dare actori, quòd hujus brachium & quoſdam debilitaverit digitos, non tamen omnino ad ejus opificium inutilia hæc facta erant membra. *Similiter Anno* 1588. 14. *Martij*, actrici, cujus alterum humerum reus ita fecerat debilem, ut ipſa brachio vix uti potuerit, damnum hoc æſtimatum fuit florenis centum. *Sic etiam Anno, &c.* 94. 29. *Maij*, actori fabro ferrario, cujus ſiniſtra ad ejus opificium inutilis facta erat, Reus pro iſthoc damno condemnatus eſt in florenos centum & quinquaginta.

34 Vt autem certò conſtare poſſit, de damno corpori liberi hominis dato, præſenti & futuro, Medici & periti chirurgi adhiberi ſolent, qui damnum inſpiciant, & de ejus magnitudine & qualitate juratò deponant.

Fürſtliche Würtembergiſche Hoffgerichts Ordnung *part.* 3. *tit.* 20. *pag.* 80.

35 Cicatricum autem & deformitatis ratio haberi in hac actione non debet. [a] Proinde nec doloris ſive cruciatus, quo læſus affectus fuit. [b]

[a] *d. l. ultim. Verſ. cicatricum ff. de his qui dejec. vel effud. & l.* 3. *Verſ. ſcilicet ff. ſi quadr. paup. fec.* Andr. Gail. *lib. 2. de pac. public. cap. 2. num.* 19. Gilhauſen. *in arbor. criminal. cap. 2. tit.* 33. *nu.* 7. *in fin.* Berlich. *part.* 5. *concluſ.* 70. *n.* 30. [b] Cùm enim nec ipſius corporis, nec cicatricum, nec deformitatis æſtimatio fiat, cur doloris & cruciatus haberi ratio deberet? maximè cum hîc de æſtimatione damni agatur. Errant itaq; indocti Rabulæ forenſes, quos jus noſtrum Wirtembergicũ **Entenmeyer** appellat, quando in libello actionis L. Aquiliæ, **Für empfangenen Schaden vnd Schmertzen / einen Abtrag begehren.** Quid vero ſi in libello doloris (deß Schmertzens) ſolum fiat mentio? an quis damnum intelleXiſſe cenſeatur. Ita dicunt. Et ſic judicatum **am Obergericht. Tübingen.** *in Febr. Anno* 614. *ex conſilio quorundam lCC. ſimiliter* item judicatum **am Fürſtl. Hoffger. den** 7. *Septembr. anno* 614. *in cauſa appellat.* **Von Schorndorff.**

36 Sed occiſo homine libero, an uxor & liberi ejus nomine operarum interempti mariti & patris, quibus nunc carent, & carituri dehinc etiam ſunt, hac actione experiri poſſint? Et affirmativam veritati propiorem eſſe non ambigimus, [a] quam etiam jus Wirtembergicum probat. [b]

[a] *per text. in l. qua actione* 7. *in princ. ff. ad L. Aquil.* tum etiam autoritate Rogerij & Azonis, item ordinariæ gl. *ad d. l. qua actione* 7. *§. ſi quis in colluctatione, in Verb. gloriæ cauſa, ff. d. t.* Item, gloſſ. *ad l. hujuſce ſcripturæ* 15. *in Verb. non poſſe, ff. cod. tit.* & Speculatoris *tit. de injuriis & damno dato, §. ſequitur videre, nu.* 3. 4. 5. & 6. Sentit idem Coſtal. *ad d. l.* 3. *ff. ſi quadr. paup. fec. dec.* & Weſemb. *in parat. ff. cod. tit. num.* 7. & Hartman. Hartm. ad Eppingen, *lib. practic. obſervat. tit.* 50. *obſer.* 10. *in fine.* Meminimus quoque in caſu occiſi mariti actores in judicio auditos & admiſſos aliquando fuiſſe. Et quia uxor liberique ejus revera damnum paſſi ſunt, & quidem rei familiaris damnum, non video, cur illis hæc denegari actio debeat. Confert quoque huc, quòd etiam heredibus hæc actio competit, *l. inde Neratius.* 23. *§. hanc actionem, ff. ad L. Aquil.* Obſtare videtur *c.* 1. *ibi, & ille mortuus non fuerit, extra de injur. & d. l. qua actione* 7. *§. ſi in colluctatione, ibi, in filiofam. vulnerato procedit, ff. ad L. Aquil.* Et non deſunt, qui diſſentiãt, uti arguit gloſſ. *ad d. l.* 7. *§. ſi quis in colluctatione, in Verb. gloria cauſa, ff. ad L. Aquil.* & additio ad Speculat. *d. tit. de injuriis & damno dato §. ſequitur videre. ſublat. e.* [b] Hoffgerichts Ordnung / *part.* 3. *p.* 29. *Verſ.* da jemand. adde Excellentiſ. Dn. Beſold. *part.* 1. *delibat. ad lib.* 9. *ff. quaſt.* 2. Modeſtin. Piſtor. *quaſt.* 107 *Vbi in additione. num.* 32. Gœden. *conſil.* 102. Matth. Coler. *de proceſſib. executiv. part.* 1. *cap* 9. *num.* 53.

37 Eſt autem actio legis Aquiliæ non modò rei perſecutoria, ſed quandoq; etiam pœnalis, atque ita mixta.

§. Sed & legis Aquiliæ actio. Inſt. de action.

Miſta

Mista hæc est actio, atque ita etiam pœnalis, si res, in quâ datum sit damnum, pluris fuit tempore superiori, quàm quo damnum est illatum. Ex primo enim capite L. Aquiliæ tanti fit æstimatio rei, quanti eo anno retroversus plurimi fuit. Ex tertio item capite constituitur hæc actio in id, quanti in diebus triginta superioribus res plurimi fuit. 38

l. 2. l. ait lex. 21. l. inde Neratius. 23. §. idem Iulianus, l. si servus. 27. §. tertio, & l. quemadmodum 29. §. fin. ff. ad L. Aquil. §. his autem verbis, & §. capite, Instit. de L. Aquil. & d. §. sed & legis Aquiliæ. Instit. de action Differentiæ rationem in tempore adfert Azo in *summa Codicis de lege Aquil.* quod in priori capite majus: in posteriori minus versetur damnum. Antiquus tamen glossator Iohannes putat differentiæ rationem dari posse nullam. Tertium caput legis Aquiliæ, quod in desuetudinem abiit *d. l. si servus, §. Hujus legis, ff. ad leg. Aquil.* competisse videtur in casu, quo res nostra non fuit læsa, sed alia ratione damnum nobis datum, puta intercepta nobis quadam utilitate Cujac. *in parat. tit. Cod. & Digestor. ad leg. Aquil.*

Est item mista hæc actio ex inficiatione Rei conventi. Hic enim si in jure delictum inficiatus fuerit in duplum damni dati condemnatur. 39

d. §. sed & legis Aquiliæ, & §. omnes autem vers. in duplum agimus, & §. sed furti quidem, Inst. de action. l. 2. l. inde Neratius, 23. hac actio, 10. ff. ad L. Aquil. Ita me Adsessore. *An.* 88. 6. *Decemb.* in causa quadam appellationis Suprema Curia Wittembergica Reum conventum ex inficiatione dati damni in duplum condemnavit. Huic tamen pœnæ locus non est, si adversarius qualitatem duntaxat, aut circumstantiam delicti inficiatus fuerit, Baldus *num.* 4. & Sichard. *num.* 10. *ad l. 4. C. de L. Aquil.* Sed an duplum hoc ex natura actionis L. Aquiliæ veniat, quæstionis est? quod nego. Inficiando enim demum in duplum crescere dicitur. *§. fin. Inst. d. oblig. ex quas. contract.* Vide Anton. Fabrum *ad l. inde Neratius. 23. §. 10. h. t.*

Sed duplum illud an ab actore nominatim petendum sit, vel eo etiam non petito judex ex officio condemnationem extendere ad illud debeat, inter Dd. controversum est. Et nominatim illud peti debere, & verius est, [a] & in practica servandum. [b] 40

[a] *§. omnes actiones, ibi, in simplum* conceptæ *sunt, vel in duplum, §. in duplum* agimus, *Inst. de act. d. l. inde 23. §. hac actio. ff. ad L. Aquil.* Quo posteriori loco dicitur, quòd hæc actio adversus negantem in duplum competat. Est autem actio jus persequendi in judicio, quod sibi debetur, *§. 1. Inst. de action.* Qui ergo duplum ex adversarii inficiatione desiderat, persequi illud debet. Confert item huc, quòd judicis officium non nisi imploratum actori impertiri debet, *l. 3. §. hic autem judicium. ff. de damno infecto.* Quodque actio legis Aquiliæ est stricti juris, ut proinde in ea judicis partes ad non petita extendi non debeant. arg. *§. in bonæ fidei, & §. præterea, Inst. de action.* [b] Bald. & Sichard. *ad l. contra negantem. 4. C. de L. Aquil.* Bachov. *in not. ad Treutl. disp. 19. vol. 1. thes. 10. lit. E. pag. m. 707.* Hunn. *ibid. quæst. 21.*

Est & illud hîc notandum, quòd actio L. Aquiliæ competit etiam adversus eum, qui conventus, fuit confessus, à se damnum esse datum, etiamsi ea sit falsa confessio; modò tamen à quocunque alio datum sit damnum; quæ confessoria dicitur actio. Quòd si autem revera nullum sit datum damnũ, ne quidem ab alio, cesset hac actio, etiam contra falsò confitentem, si hic doceat postea non esse datum damnum. 41

l. inde Neratius 23. §. ult. & l. seq. ff. ad L. Aquil.

Quòd si plures damnum dederint; veluti si plures servum percusserint, vel trabem dejiciendo hominem oppresserint, quæritur an omnes teneantur? Et decisum legimus, si quidem casu priori appareat, cujus ictu perierit, ille 42

Similiter si in plurium rixa homo aliquis liber vulneratus sit, [a] nec constet, à quo vulnus acceperit, tunc omnes, qui percusserũt, in solidum [b] vulnerato tenentur ad damnum illud emendandum: puta ad impendia in curatione facta, mercedes item medicis præstitas, & operas, quibus caruit, & cariturus est, ob id quod inutilis est factus: [c] etiam jure Wirtembergico, [d] Vnus tamen si solidum præstiterit, cæteri liberantur. [e] 45

[a] *d. l. qua actione 7. in princ. l. si plures 6. in princ. ff. arb. furt. cæs.* [b] *l. 1. in fine, ff. de his qui dejec. vel effud. l. item Mela 11. §. sed si plures, & §. si plures, l. ita vulneratus 51. Vers. idque est consequens, ff. ad leg. Aquil. & l. ultim. ff. de his qui dejec. vel effud.* [c] *d. l. qua actione 7. in princ. ff. dict. c.* [d] Fürstliche Würtembergische Hoffgerichts Ordnung / *parte 5. pag. 92. Vers. ultim.* [e] *d. l. 3. ff. de his qui dejec. vel effud. l. 1. in fine junct. l. 3. Vers. eumque, ff. de exercit. act. l. 1. Cod. de condict. furt. & l. 6. ff. d. tit.* Zas. *in summa tit. ff. ad L. Aquil. mihi pag. 225. Vers. si verò plures.*

Datur autem legis Aquiliæ actio etiam hæredi, cæteriſq; successoribus. In heredem autem & cæteros successores non datur, cum sit ex maleficio pœnalis; ne quidem quo casu est rei persecutoria; nisi fortè ex ipso damno heres factus sit locupletior, vel lis cum defuncto sit contestata. 46

l. inde Neratius 23. §. hanc actionem, ff. ad L. Aquil. §. his autem ubi gloss. & Hotoman. *Instit. de L. Aquil. §. non autem omnes, Inst. de perp. & temporal. actionib. l. pupillum 111. §. 1. l. toties 44. & l. sicuti 39. ff. de Reg. l.* Anton. Gomez. *tractat. var. resolut. Tom. 3. cap. 1. num. 85.* Hartm. Pistor. *lib. 1. quæst. jur. quæst. 27. num. 2.* Thoming. *decis. 24.* Modestin. Pistor. *quæst. 107. num. 6.*

Sed an cum infamia hæc actio sit conjuncta, quæri solet? Negativa veritati propior videtur. 47

argum. l. Si servus servum 27. §. si cum marito 30. & ibi gl. ff. ad leg. Aquil. junct. l. Divortij 2. C. Rer. amotar.

Cùm hac actione ex facto eodem concurrit ex l. 12. tab. [a] actio arborum furtim cæsarum; a puta contra eum, qui alienam arborem [b] ignorante domino, celandiq́ue ejus causa, [c] furtim, [d] vel cedit, [e] vel subsecuit, [f] cujus condemnatio duplum continet, [g] cui tamen duplo ipsum damnum inest. [h] 48

[a] *l. 1. l. 5. §. 1. l. pen. ff. arb. furt. cæs.* [b] arboris appellatione continentur etiam vites, item hederæ & arundines, *l. 3. in princ. & §. 1. ff. d. tit.* [c] *l. furtum 7. in prin. & l. seq. in fine, ff. eod. tit.* [d] furtim arborem cædit, qui clam cædit, *l. faciendæ 8. §. 1. ff. d. tit.* [e] Cædere est non solùm succidere, sed etiam ferire cædendi causa, *d. l. 5. in princ. ff. eod.* [f] *d. l. 5. in princ. & d. l. furtum 7. §. 2. ff. d. tit.* Qui radicitus arborem evulserit, vel extirpaverit, actione quidem L. Aquiliæ, non etiam hac tenetur, *d. l. furtum 7. §. 2. ff. h. t. arb. furt. cæs.* [g] *d. l. 7. §. ultim. ff. eod.* [h] *d. l. faciendæ 8. in prin. & l. seq. ff. d. tit.* Cujac. *in lib. 39. Paul. ad edictum, pag. 249.* Berlich. *tom. 5. conclus. 52. & seq.* Ego *de furt. cap. 2. nu. 102. & seqq.*

Etsi plures eandem arborem cæciderint, cum singulis in solidum agetur. 49

l. si plures 6. in princ. ff. arb. furt. cæs.

Licet autem de arboribus cæsis, ex L. Aquilia actum sit, nihilominus tamen ex l. 12. tab. hac actione experiri licet; [a] sed in id duntaxat, quod amplius est in hac actione. [b] 50

[a] *d. l. pen. ff. arb. furt. cæs.* obstare videtur *l. 1. ff. ad leg. Aquil.* Vide Donell. *lib. 21. comment. c. 3. pag. 472. lin. 28. & seq.* [b] *d. l. 1. ff. d. t.* Ratio est, quia ex uno facto utraque illa actio pœnalis descendit. Sed obstare videtur *l. plura delicta 53. ff. de obligat. & actionib.*

51 Sic etiam cum legis Aquiliæ actione concurrit actio injuriarum, si quis aliquem injuriosè vulneraverit, sed alterâ electâ altera consumitur, nisi in id quod ampliùs ex ea competit.

l. qui servum 34. in princ. ff. de Obligat. & Actionib. Sed posteriori hujus conclusionis parti obstare etiam videtur *d. l. plura delicta. 53. ff. d. t.* Grævæ. *concluſ. 63. lib. 1. consider. 1. quæst. 1.* Mynsing. *cent. 1. observat. 25.* Modestin. Pistor. *dict. quæst. 107. num. 26.* Wesenb. *in parat. l. ff. ad L. Aquiliæ. in fin. & ad tit. de injur. num. 4.*

52 Similiter cum hac legis Aquiliæ actione concurrit actio commodati, si tibi vestimenta commodavero, & tu ea ruperis. Et licèt priùs commodati egerim; competit tamen mihi & legis Aquiliæ actio in id, quod in ea amplius est.

l. Unde quæritur 7. §. 1. ff. commodati. At obstare videtur *d. l. qui servum 34. §. ult. ff. de Obligat. & Actionib.* de quo loco aliud Donelli judicium, *dict. lib. 21. commentar. jur. civil. c. 3. pag. 658.* aliud item Cujacii *lib. 3. observ. 25.*

53 Concurrit item cum hac actione Legis Aquiliæ, actio furti; ut si quis idé animal alienum, & furripuerit & occiderit; neq; alia aliam consumit.
animal alienum, & furripuerit & occiderit; neq; alia aliam consumit.

l. nunquam 2. §. 1. ff. de privat. delict. obstare videtur *l. si unus 71. in princ. ff. de furt.* Sed vide Donell. *lib. 21. comment. jur. civil. cap. 3. pag. 657.*

54 Similiter cum actione legis Aquiliæ concurrit publicum legis Corneliæ judicium; puta si quis dolo malo hominem occiderit. Et licèt ex lege Aquiliâ priùs sit actum, Corneliæ tamen legi præjudicium fieri non debet.

l. inde Neratius 23. §. si dolo servus. 9. ff. ad L. Aquil. & l. qui servandarum 14. §. 1. ff. de præscriptis verbis, l. 1. C. quan. civil. act. crimin. præjudic. l. ex morte. 3. C. ad L. Aquil. Sed obstare videtur *l. 4. C. de publicis judic.* Vide Cujacium *in lib. 37. Pauli ad edictum, pag. 230.* Bachov. *in not. ad Treutl. pag. m. 725. Vol. 1.* Hunn. *Vol. 1. disp. 19. Treutl. quæst. 24.*

55 Succedit nunc genus damni alterum; quod est, cùm quis integro sive illæso rei corpore alicui nocet; veluti si quis misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit ut fugeret, [a] vel de manu alicujus excusserit, vel ex nave numos ejecerit alienos, annulum, aut poculum, & quod excussum vel ejectum est in flumen, mare, aut cloacam incidit; [b] vel si quis aprũ alienum ferum in laxitatem suam naturalem dimiserit: [c] Vel si quis per lasciviam fugavit pecudem alienam, quam alius inde abstulit. [d]

[a] *l. & eleganter 7. §. idem Labeo, ff. de dolo malo, & §. ult. Inst. de l. Aquil.* [b] *l. si servus servum 27. §. si quis de manu, verſ. idem erit am in factum. ff. ad l. Aquil. & l. duo 23. l. qui servandum. 14. §. 2. ff. de præscript. verb.* Quo loco à Pomponio & Ulpiano Jureconsultis relici nobis videtur Sabini sententia prior de actione damni injuriæ proposita *in d. l. 27. §. si quis de manu. ff. ad l. Aquil.* [c] *l. in laqueum. 55. in fine, ff. de adquirend. rerum dominio* [d] *§. interdum quoque. Inſtit. de obleg. quæ ex delict. naſcuntur.*

56 Contra eum autem, qui ejusmodi aliquod damnum, alicui attulit, competit domino actio subsidiaria in factum, a prætoria, legi Aquiliæ accommodata. [b]

[a] *per extensionem ad præcedentem theſin adſcriptos* [b] *l. quia actionum 11. ff. de præſcrip. verb.*

57 Hactenus de damno, quod datum est alicui in corpore rei: Edisserẽdum nunc paucis de corruptela [a] hominis, quæ est damnum, quo animus hominis,

nis, [b] potestati alienæ subjecti, veluti servi [c] vel filiifam. [d] dolo [e] alicujus corruptus est.

[a] Corruptela dicitur hæc damni species *in l. si quis 9. §. si in servo. ff. de serv. corrupt.* [b] *l. 1. §. persuadere, & §§. seqq. l. si quis serv. 9. §. ultim. ibi, Vel in animo damni senserit, & l. ut tantum 14. §. 1. ibi, interesse nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi, l. corrumpitur animus. 15. ff. d. tit.* Cujac. *in lib. 19. Pauli ad edict. pag. 273.* Donell. *lib. 15. comment. c. 25. cet. tit. ff. de serv. corrupt.* [d] *l. ut tantum 14. §. 1. ff. d. tit.* [c] *l. 1. in princ. & l. 3. l. 5. ff. eodem.*

Corrumpere autem animum sive mores alieni servi aut filiifam. dicitur, 58
qui dolo malo eum sollicitat ad aliquid vel faciendum, vel cogitandū quid improbi; [a] veluti ut injuriam alicui faceret, vel furtum, vel ut peculium intricaret, aut amator existeret, vel erro, vel malis artibus esset deditus, vel seditiosus esset, vel rationes dominicas intercideret, adulteraret, vel etiam rationem sibi commissam turbaret; [b] vel luxuriosum aut contumacem facit; [c] vel persuadet, ut alea ludat, aut ut fugitivus fiat [d], vel ad hoc eum recipit, id est, refugium abscondendi causa in suo agro, aut alieno loco ædificióve refugium præstat, [e] vel in popinam ducit. [f]

[a] *d. l. 1. §. persuadere. ff. de servo corrupt.* [b] *d. l. 1. §. in quoque deteriorem, ff. eodem tit.* [c] *l. 2. ff. d. tit.* [d] *l. si quis servum 26. ff. de injur.* [e] *l. 1. §. sed utrum. vers. imò. l. in hoc 10. ff. de servo corrupt* [f] *l. 1. §. quod autem, ff. d. t.* [b] *l. si quis servum 26. ff. de injur.*

Non solùm autem bonæ frugi servus aut filiusfamil. corrumpi dicitur, 59
sed & qui jam malus est, si quis eum, ut quid improbè faciat, hortetur, aut ei monstret, quemadmodum facere debeat: vel saltem eum quid improbè facturum laudet.

L. 1. §. sed utrum. ff. de serv. corrupt.

Ex hoc delicto competit actio servi corrupti [a] in duplum damni dati; [b] 60
quæ actio directa est, vel utilis: directa datur domino servi vel ancillæ corruptæ; utilis competit patri ob filium filiamve fam. corruptos: [c] Item, usufructuario, si fructuarius servus à proprietario, vel extraneo sit corruptus [d] Estq; perpetua non temporaria; & heredi cæterisq; successoribus competit: in heredem non datur, quia pœnalis est. [e]

[a] *d. l. si quis servum 26. in fin. ibi, accipit. servo corrupti actio. ff. de injur. l. si quis servo. 20. vers. nobis itaque. C. de furt. & servo corrupt. & §. sed etsi credas. vers. & rursum nobis instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* [b] *l. 1. in princ. l. si quis servum 9. §. datur autem, l. ut tantum 14. §. in hac actione. ff. de serv. corrupt.* [c] *d. l. ut tantum. 14. §. 1. ff. d. tit.* [d] *l. si quis servum. 9. §. si in servo. ff. eodem tit.* [e] *l. hac actio. 13. in princ. ff. hoc tit.*

Habetur autem in hac actione æstimatio non solum ejus damni, quo 61
servus aut ancilla vilior, & minoris precii esse cœpit, [a] sed & quod servus fugitivus domino abstulit, [b] quod item dominus alii ob vitium illud servi aut ancillæ præstitit. [c]

[a] *d. l. si quis 9. §. ult. & l. tantum. 14. §. æstimatio. h. t.* [b] *l. in hoc judicium 10. ff. eodem tit.* [c] *d. l. tantum 14. §. hac consequenter. & §. seq. ff. d. t.*

Filio filiæve fam. corruptis venit in hanc actionem omne damnum, quod 62
pater ob eam causam passus est, & æstimari potest: Veluti æstimatio operarum, quibus pater priùs jure suo utebatur, ac propter prolem suam corru-

ptam uti posse desiit: [a] item æstimatio rerum earum, quas filius dilapidavit, aut fugiens secum abstulit. [b]

[a] *argum. l. qua actione 7. in princ. ff. ad l. Aquil. & l. ultim. ff. de his, qui dejec. Vel offud.* Cujac. *in lib. 19. Pauli ad edict. pag. 278.* Donell. *15. comment. cap. 25. in fin.* Vide Iohan. Scheidevvin. *ad §. in duplum. num. 7. Inst. de action.* Vbi scribit, patrem æstimare posse, quod filius corruptus nec ad studia, nec artificia amplius sit aptus. [b] *argu. d. l. in hoc judicium 10. ff. de serv. corrupt.* Cujac. *d. loco. &* Donell. *d. cap. 25. in fin.* Sed an etiam affectionis ratio habenda. Non puto. *arg. l. fin. §. pen. ff. de oper. serv.* Anton. Faber. *ad l. ut tantum 14. ff. de serv. corrupt.*

63 Duplum verò non totum pœna est, sed ei simplum damni inest. Vnde hanc actionem mixtam dicimus, partim rei persecutoriam, partim pœnalem.

dict. l. ut tantum 14. §. in hac actione, ff. de serv. corrupt. Cujac. *in lib. 19. Pauli ad edict. pag. 279. col. 1.*

64 Sed quia sæpenumerò malitiosæ quædam mulierculæ discipulos curæ & disciplinæ nostræ commissos, tum etiam nostros famulos famulásve suum ad commodum corrumpunt, quando eos ad se voce blanda pelliciunt, pecuniâ lautas in epulas, alióve minimè probum in usum erogandâ emungunt, ab ipsis nostris famulis vinum, panes, lac, butyrum, & id genus alia, nobis furtim ablata accipiunt, commodè hîc moveri elegans hæc quæstio potest, liceatne contra hos etiam corruptores, corruptricésve hanc servi corrupti actionem utilem stringere? *Zasius* id affirmat, [a] cujus opinioni eatenus adhærendum putamus, [b] quatenus nostra pecuniariter [c] interfit, discipulum aut famulum famulámve nostram corruptam non fuisse. [d]

[a] *In parerit. ff. tit. de serv. corr. arg. d. l. ut tantum 14. §. 1. ff. d. t.* [b] *per l. pen. ff. eod. tit.* [c] competit enim hæc actio ad duplum damni, quod in patrimonio sive re familiari nostra per ipsam corruptelam, nobis datum est. *l. 1. in principio quanti ea res erit, in duplum, l. 5. ibi, utilitatis æstimatio. l. si quis 9. §. penul. ibi, quanti ea res erit. d. l. ut tantum 14. §. 1. ibi, qui in patrimonio nostro esset, & pauperiorem se factum esse. & §. in hac actione & §. æstimatio. ff. d. t.* [d] Non obstat quòd neque dominicæ, neq; patriæ potestati sint subjecti discipuli, & famuli nostri, quorum tamen alterutrum, huic ut locus sit actioni, desiderari videtur, *l. ut tantum 14. §. 1. ff. eod. tit.* Nam & usufructuario utilis hæc datur actio servo fructuario corrupto etiam ab ipso domino. *l. si quis 19. §. si in servo ff. h. t.*

65 Idem etiam de uxoris [a] nostræ, itemque nostri fratris [b] corruptoribus & corruptricibus affirmare non dubitamus, si ex ipsa corruptela damnum rei familiaris fecerimus.

[a] *argum. d. l. 9. §. si in servo. l. ut tantum 14. §. 1. ff. de servo corrupto.* Schneidevvin. *ad d. §. in duplum. num. 8. Inst. de action.* & Sichard. *ad l. si quis 20. num. 10. C. de servo corrupt.* [b] *argum. l. 5. junct. l. 2. C. ad l. Fab. de plagiar.* Quam sententiam, & alii quidam Dd. amplectuntur, quos citat Sichard. *ad d. l. 20. num. 11. C. de furt. & servo corrupto.* Ipse tamen Sichardus Angelum secutus ab hac opinione dissentit, *per jura ad theſ. præced. adducta.* Dn. Martin Rumel. *part. 2. ff. disput. 10. theſ. 9.*

66 Hinc opportunè & illud quæritur, an stuprata alicujus formosa & bene educata filia, patri ejus hæc competat utilis actio, vel hoc saltem nomine, quòd eam virginem parva elocare potuisset dote, puta aureis trecentis, sed ipsi nunc vitiatæ nō nisi mille aureis in dotem datis virum invenire possit? Nos ad tuendam affirmativam proclives sumus.

Huic

Huic enim actioni locus est, etiam corrupta prole nostra, *l. ut tantum* 14. *§. V. ff. de servo corrupto*, modò ipsâ corruptela res nostra familiaris imminuta fuerit, per textus ad *th. sin* 63. *sub lit. C. ad screpros.* Vide quoque Iasonem & Zas. *ad d. §. in duplum.* & ibidem etiam Ioh. Schneid. *num.* 11. *in fin. Inst. de Action.* Matth. Berlich. *part.* 5. *conclus.* 38. *num.* 32.

Cæterùm anceps hic exoritur quæstio, an ipsemet, qui moribus corruptus est, hac experiri actione contra corruptores possit, nec ne? Et licèt autoritate juris inspecta propior veritati sit negata opinio, etiam quorundam Dd. judicio; non desunt tamen, quî affirmativæ planè adhærent, eamque omnino æquam putant. 67

Vid. Ioan. Schneid. *ad d. §. in duplum, n.* 10. *Inst. de actionib.*

Denique cum hac directa & utili actione servi corrupti concurrit actio furti, de rebus nostris, quas persona corrupta ad corrumpentem detulit. 68

l. Neratius 11. *§.* 2. *l. penultim. ff. de servo corrupt. & l. si quis.* 20. *Cod. de furt. & servo corrupt.*

Sed an Matri etiam hæc Actio, prout patri, competat, quæstio est dubia, Negamus. 69

per l. 14. *§.* 1 *ff. de serv. corrupt.* quæ loquitur tantum de filio, filiáve familias corruptis: At mater non habet filium filiámve familias, cum liberos non habeat in sua potestate. *§. fœmina.* 10. *Inst. de adopt.* Huc conducit etiam *l. mater.* 38. *in princip. ff. de furt. l. cujus.* 10. *& seqq. ff. eod.* Sichard. *in d. l.* 20. *num.* 9. *C. de furt.*

Class. IV. Disputatio III.

De Publicanis, Vectigalibus, & commissis.

THESIS I.

QVIA Publicanus non modò communi jure, [a] sed & speciali quodam prætoris edicto obligatur, si quid vel ipse, aut ejus familia, furto vel rapina ademerit, vel damnum injuriâ dederit [b] his, à quibus tributum, aut vectigal, quod conductum habet, [c] exigit; idcirco hîc seorsum [d] edissere nobis visum est, tum de ipsis publicanis; tum etiam de tributo & vectigali, quod conductum habent; tum denique de furto, rapina, & damno injuriâ publicanorum. [e]

[a] *l.* 1. *§. dixerit aliquis, ibi. quasi non & alibi Prætor prospiderit furtis, damnis, & rapinis. ff. de publican. junct. l. quod Senatusconsult.* 6. *vers. cæterum, ibi, & jure communi injuriarum agi potuerit. ff. de injur.* [b] *d. l.* 1. *princ. & d. §. dixerit aliquis, & tot. tit. de public. & vectigal.* [c] *l. quanta* 12. *§. ultim. ff. d. tit. & l. eum qui Vectigal.* 18. *ff. de verb. signif.* [d] Quæ enim notabilia sunt, nisi specialiter notentur, quasi neglecta videntur, *l. item apud* 15. *§. hoc edictum super factum. ff. de injur. & d. l.* 1. *§. dixerit aliquis. ff. de publican.* [e] Hæc enim capita continentur sub edicto Prætoris de publicanis, & legibus, quæ ad edicti illius interpretationem pertinent. *tot. tit. ff. de publican. & tot. tit. C. Vectigal. nov. instit. non poss. & tot. tit. C. de Vectigal. & commiss.*

Publicani generaliter sunt, qui publico vectigali, vel tributo, quod con- 2

ductum habent, fruuntur: [a] quorum alij propriè publicani dicuntur, [b] alij verò sunt loco publicanorum: [c] utrique tamen hoc prætoris edicto de publicanis comprehenduntur. [d]

[a] *d.l.1.§.1.ff. de publican.* [b] *d.l. quanta 17. §. ultim. ff. d. tit. & d.l. eum qui Vectigal. 18. ff. de Verb sign.* [c] *l.fed & hi 13. in princ. ff. de publican.* [d] *d.l.1.§.1. & d.l. sed & hi 13. in pr. & §.1. ff. eod. tit.* Magnus Politicus Dn. Christophorus Besoldus *in tract. per elegans de ærario cap.4. nu. 16. fol.m.109.*

3 Propriè publicani dicuntur, qui vectigalia [a] publica, id est, populi Romani, [b] sive principis, [c] conducta à fisco [d] habent.

[a] *Quid propriè Vectigalia sint, post dicetur.* [b] *d.l. quanta 12. §. ult. ff. de publican. & d.l. eum qui 18. ff. de Verb. sign.* [c] *tit. 56 quæ sint regalia. lib. 2. Feud.* [d] *d.l. 1. §. 1. ibi, fisco Vectigal. item. ibi, quod a fisco conducunt, ff. de publican. & l. inter publica. 17. §. publica Vectigalia, ibi, fiscus capit. ff. de Verbor. significat.*

4 Loco Publicanorum sunt, qui vectigal à Repub. cujusdam municipij conductum habent: [a] quique conductas habent salinas, cotorias, picarias, creti fodinas, metalla, [b] vel reditus harum rerum fisco debitos: [c] qui item tributa publica conducta habent. [d]

[a] *d.l. sed & hi 13. §. 1. ff. de publican* Ideò autem hi sunt loco publicanorum, quia publici appellatio, unde publicani, ad municipia & civitates non pertinet. *dict. l. eum qui 18. ff. de Verb. signif.* [b] *d. l. 13. in princ. & l. Cæsar 15. ff. eodem tit.* [c] *per text. in d. l. inter publica 17. §. publica Vectigalia. Vers. item salinarum. ff. de Verb. significat. & in d. tit. 56. quæ sint regalia, ibi, argentaria. item ibi, & salinarum, lib. 2. Feud.* Cujac. item *lib. 7. observ. cap. 4. Vers. f. item reditus ex metallis.* hos reditus loco vectigalium esse dicit; unde eorum conductores sunt loco publicanorum. Quæ sententia hoc ipso etiam confirmatur, quod redemptores sive conductores fodinarum metallicarum loco publicanorum esse dicuntur. *in d.l. sed & hi 13. in princip. ff. de publican.* [d] *d.l.1. ibi, vel tributum. ff. d. tit.* Cujac. *d. lib. 7. observ. cap. 4. Vers. Verùm ij etiam. junct. seq. Vers. etsi qui.*

5 Sunt item loco publicanorum, qui conductum habent vectigal prædiorum vectigalium Emphyteuticorum, id est, municipij cujusdam: [a] ut & qui olim conductum habebant vectigal litium: quod fuit quadragesima summarum, de quibus litigabatur: vel vectigal venalium mancipiorum, quod fuit quinquagesima: aut cæterarum rerum venalium, quod fuit primùm centesima, deinde ducentesima: [b] nam & quadragesima quinquagesima, centesima, & ducentesima illa nō fuit propriè vectigal, sed loco vectigalis. [c]

[a] De hoc vectigali, quod est canon emphyteuticus prædiorum municipalium, est textus *in l.1. & 2. ff. si ager Vectigal.* Quod autem hujus vectigalis conductores non proprie fuerint publicani, sed loco publicanorum, vel inde convincitur, quod prædia illa propriè non sint publica. *d.l. eum qui 18. ff. de Verb. sign.* [b] De his vectigalibus vide Cujac. *lib. 6. ob, ervation. c. 28.* & Gœdd. *ad d. l. inter publica. 17. nu. 8. ff. de Verb. significa.* [c] Cujac. *lib. 7 obs. cap. 4. Vers. tamen & alia.* Quibus sententiam & illud confirmat, quod loco tantùm publicanorū sunt, qui salinas, cretisodinas, cotorias, picarias, & metalla fisco habent conducta, *d. l. sed & hi 13. in pr. ff. de publican.*

6 Publicanis autem, & qui loco publicanorum sunt, quædam à legibus beneficia indulta sunt, non quidē in ipsorum honorem, sed in fisci & Reipub. commodum. [a] Cujusmodi beneficia sunt, quod corpus, sive collegiū, res item communes, arcam communem, & actorem sive Syndicum habere possunt: [b] quod inviti testimonium non dicunt: [c] quod à muneribus civili-

civilibus, ac tutelis excusantur: [d] quod item societas eorum morte unius atque alterius ex socijs non dissolvitur, [e] & quod etiam manente societate actione pro socio invicem agere possunt. [f]

[a] *l. semper. 5. §. conductores, ff. de jur. immun.* [b] *l. 1. in princ. & §. 1. ff. quod cujusque universit. nom.* [c] *l. in Gen. 19. ff. de testibus.* [d] *l. un. C. de conduct. vectigal. fisci. lib. 10. l. in honoribus 8. §. non alios, ff. de vacat. & excus. mun. dict. leg. semper 5. §. conductores, ff. de jur. immun.* [e] *l. adeò 59. in princ. ff. pro socio.* [f] *l. actione 65. §. penult.* ubi Cujac. *ff. d. tit.*

Illud quæritur, an publicani dicantur semper conductores vectigalium, ut illis ob casum, veluti bellum, remissio fieri debeat; an verò emptores potiùs, ut illis ob aliquem casum nihil remittatur? Si in singulos annos certa pro vectigalibus pensio solvatur, prius affirmamus: [a] si verò per aversionem jus exigendi vectigal in aliquot certos annos, unâ pecuniæ definita summâ sit concessum, posterius placet. [b] 7

[a] *per l. forma, 4. §. 1. ff. de censibus l. ex conducto 15. §. si uno anno. Vers. hoc idem, ff. locat. & argum. l. cotem. 11. §. ult. ff. de publican. junct. l. secundum naturam. 11. de reg. jur.* Bartol. *add. l. cotem. 11. §. ult. nu. 2. & 3. ff. de publican.* Idem Bartol. *in quæst. 4. nu. 14.* Alexand. *consil. 107. num. 5. Vers. sed præmissio non obstante b. & Vers. seqq. Vol. 3.* [b] Bartol. *ad d. l. cotem. 11. §. ult. n. 2. 3. & 4. ff. de publican.* Idem Bartol. *d. quæst. 4. nu. 14.* Alexand. *cons. 107. nu. 1. 2. 3. 4. &* 5. Petr. Costal. *ad l. 2. in fin. ff. locat.* Vide Pantschmannum *quæst. 18.*

Sequitur de tributo & vectigali, quod publicani etiam conductum habent. Tributum differt à vectigali. [a] TRIBUTUM est reditus, qui ex agris provincialibus de hoste populi Romani captis & publicatis [b] ab eorum possessoribus, quibus utendi fruendi dati sunt, confertur, & in publicum colligitur, ut ex eo miles Reipubl. sustentetur. [c] 8

[a] *d. l. 1. §. 1. ubi, si de fisco vectigal pendant, vel tributum consequantur. ff. de publican.* Cujac. *lib. 7. observ. cap. 4.* Dn. D. Besold. *de arar. cap. 4. num. 11. Vers. 1.* [b] Provinciales tantùm agri erant tributarij, non Italici. *§. per traditionem, Vers. vocantur autem Inst. de rer. divis.* Hinc mancipi hi erant, illi nec mancipi. *Ulpian. tit. Inst. 19. in princ.* Cujac. *in parat. C. de usucap. transform.* [c] Agri victo hoste capti, aut vendebantur, aut militibus in præmium assignabantur, aut publicabantur, *l. in agris 16. ff. de acquir. rer. domin. & l. si captivos 20. §. 1. ff. de captiv. & postlim. reversi.* Et qui publicabantur, alijs locari solebant, ut inde tributum Reipub. præstaretur. Vnde prædia tributaria *in d. §. per traditionem. Vers. itaque stipendiaria. Inst. de rer. divis.* Et quando universam gentem, aut populum aliquem Romani sibi subegerant, ejus terram in provinciæ formam redigebant; & hinc prædia omnia, quæ in his erant provincijs, tributaria erant populo Romano, *d. §. per traditionem, Vers. vocantur autem,* & ibi Theophil. *Inst. de rer. divis.* [c] Theoph. *d. loco,* Livius *lib. 3. & 4. ab urb. condit. & de bello Maced. lib. 4. &* 7. ubi tributum appellat id, quod confertur, & in publicum colligitur, ut ex eo militibus stipendia solvantur. Vide quoque Goedd. *ad l. ager. 27. ff. de verbor. signif.* adde Iul. Cæsar. Bulenger. *de vectigal. lib. cap. 1. & seqq.*

Est autem tributum, [a] vel tributum ita in specie dictum, vel stipendium. [b] TRIBUTUM est, quod principi ex ejus tributarijs provincijs solvitur: STIPENDIUM, quod populo Romano solvitur ex provincijs ei assignatis. [c] 9

[a] Quæ ratio est pignoris & hypothecæ, quod ad hypothecariam actionem, cujus respectu inter pignus & hypothecam nihil interest. *§. item Servianâ. Vers. inter pignus, Inst. de act.* licet propriè aliud sit pignus, aliud hypotheca. *d. Vers. inter pignus. & Vers. seq. l. si rem. 9. §. proprie pignus, ff. de pignerat. act.* Eadem etiam ratio est tributi, & stipendij, quoad publicianam

cianam vindicationem, quæ provincialibus competit, non tantùm in tributariis, sed & stipendiarijs prædijs, *l. cum sponsus. 12. §. in Vectig. alibi, ibi, & in alijs prædijs. ff. de public. in rem act. & l. ager. 27.* ubi Cujac. *ff. de V. S.* Idem Cujac. *lib. 7. obs. c. 3. & in lib. 19. Pauli ad edict. pag. 268.* [b] Aliud est tributum, aliud stipendium, *l. usufructu. 7. §. hactenus tamen, ibi, ut puta stipendium. Vel tributum. ff. de public. in rem act. l. neque stipendium, neque tributum 13. ff. de impens. in rem dot. fact. & d. §. per traditionem, vers. itaque stipendiaria, & vers. Vocantur autem. Inst. de rer. divis.* [c] Theophil. *ad d. §. per traditionem, Instit. d. tit.* Aggen. Urbic. *2. de limit. agror.* Provinciales, *ait*, prædiorum suorum possessores sunt, sub onere præstandi stipendij populo Romano, vel sub onere præstandi tributi Imperatori; domini autem ipsorum prædiorum non sunt, nec fieri possunt. Cujac. *lib. 7. observ. cap. 3. & in lib. 19. Pauli ad edict. pag. 268.* Differentia autem inter tributum & stipendium inde primum nata videtur, quod D. Augustus quasdam provincias Senatui populoque Romano reliquit gubernandas, quasdam verò, & quidem validiores, suæ curæ reservavit; quodq; ille (populus Romanus) leviores exigit reditus, Imperator verò graviores, ut ex Suetonio in vita Augusti ostendit Theoph. *ad d. §. per traditionem. Inst. de rer. divis.* Constantin. Harmenop. *libr. 1. Epitomar. tit. 2. cap. de publicis & fiscalibus judicijs.* VVesenbec. *in paratit. ff. tit. de offic. proconf. & legat.* & Gœddeus. *ad L. ager. 27. num. 15. ff. de verbor. signif.*

10 Vectigal quod attinet, dispiciemus primùm, quid sit vectigal: tùm, quomodo vectigal instituatur: tùm etiam de vectigalis locatione conductione: tum denique de solutione vectigalis, & pœna eorum, qui debitum vectigal non solvunt.

Vide Sixtin. *de regal. lib. 2. capit. 6. per tot.*

11 Vectigal propriè est, quod vel in itinere [a] transitúve pontis, [b] pro mercibus, quæ importantur & exportantur, [c] & earum vehiculo, [d] proque ipsis transgredientibus, [e] fisco, [f] vel Reipubl. alicui [g] exigitur. [h]

[a] *l. si quis pro uxore. 21. in princ. ff. de donat. int. vir. & ux.* [b] *l. cum in plures. 60. §. pen. ff. locat.* [c] *l. universi. ibi, inferunt, vel emunt negotiationis gratia portantur, l. omnium, 6. ibi, negotiationis seu transvehendarum mercium. l. delegatis 8. ibi, huc deportant, & l. seq. ibi, super traductione animalium. C. de Vectigal. & commiss.* [d] *l. cum in plures 60. §. pen. ff. locat.* [e] *c. innovamus, ibi, novas pedagiorum exactiones. ext. de censib. & c. super quibusdam, §. præterea, ibi, pedagia, & ibi, gloss. extr. de verb. sign.* [f] *l. omnium 6. ibi, quæ inferri fisco mortis est. C. de Vectigal. & d. l. inter publica 17. §. publica, ibi, Vectigal fiscum capit. ff. de verb. sign. & tit. 56. quæ sint regal. lib. 2. Feud.* [g] *l. Vectigal. 10. C. de Vectigal. & commiss. l. 1. & l. 2. C. Vectigal. nov. instit. non poss.* [h] *l. 4. ibi, exigendis Vectigalibus L. 5. ibi, exigantur. C. de Vectig. & commiss.* Vide tractat. Meum *de regalib. cap. 2. num. 183. & seqq.*

12 Vectigal quod pro mercibus importandis & exportandis earumque vehiculo, in itinere vel transitu pontis exigitur, PORTORIUM appellatur: [a] idq; antiquitus erat octava mercium, [b] quòd verò exigitur pro ipsis transeuntibus, PEDAGIUM vocatur. [c]

[a] *d. l. cum in plures 60. §. pen. ff. locat. & l. in lege 203. ff. de verb. sign. & l. 2. C. de Vectig. il. & commiss.* [b] *l. ex præstatione 7. & l. seq. C. de Vectig. il. & commiss.* Cujac. *lib. 6. obser. 28. &* Hertachin. *in repert. jur. in lit. V. verb. Vectigal.* vide Octavarium vectigal. *l. 8. C. h. t.* [c] *d. c. innovamus, ibi, pedagiorum exactiones. ext. de censib. & d. c. super quibusdam, §. præterea, ibi, pedagia, & ibi, gl. extr. de verb. sign. c. quanquam in princ. de censibus in 6.* Eguinar. Baro *ad tit. 10. quis dicatur dux. vers. nam ille lib. 2. feud.*

13 Sunt autem & alia, quæ licet propriè non sint vectigalia, loco tamen vectigalium habentur: veluti reditus ex metallis, salinis, picarijs, cretæfodinis,

dinis, cotorijs: [a] item canon emphyteuticus, qui Reipub. municipij ex emphyteuticis agris solvitur: [b] vectigalium quoq; loco est venalitium, quod ob venditionem proponendam exigitur, [c] quod olim erat quinquagesima venalium mancipiorum, centesima verò, & post ducentesima cæterarum rerum venalium. [d] Antiquitus item vectigalium loco erat quadragesima litium, sive summarum, de quibus litigabatur, [e] ut & vigesima redituum omnium rei frumentariæ in Italia. Quòd si etiam fisco aut Reipub. ex prædijs aliquibus quid annuatim præstetur, id loco vectigalium est; quorum prædiorum possessores etiam præteriti temporis, quo alius possedit, solvere vectigal tenentur. [g]

[a] *d.l. inter publica 17. §. publica*, ubi Cujac. & Gœdd. *ff. de Verb. sig* Idem Cujac. *d. lib. 7. observat. cap. 4.* Hujus quoque generis est vectigal, quod Magistratus à subditis ex vendito vino, vel cerevisia exigit, Germanicè. Umbgelt. vide Excellentiss. Besoldum *in thesaur. pract. lit. V. num. 32.* [b] *l. 1. & 2. ff. si super Vectigal.* Cujac. *d. cap. 4.* [c] De hoc vectigali est *l. 4 ibi, Venalitium non peratur, ubi* Cujac. *C. de proxim. sacror. scrinior. & l. 1. ibi, nec Vectigalibus, in quibuscunque nundinis interfuerint, ullam ob Venditionem proponendam dare debebunt. C. de Veteran. lib. 12. & d.l. inter publica 17. §. publica. ibi, Vel Venalium rerum*, ubi Cujac. *ff. de Verb. sign.* Idem Cujac. *lib. 6. observat. cap. 28. in princ.* Hujusmodi autem vectigalia in nundinis à negotiatoribus ex ipsorum mercibus exigi prohibetur, *inl. un. ubi* Cujac. *in Parat. &* Sichar. *C. de nundinis.* [d] Cujac. *d. libr. 7. cap. 4.* [e] Cujac. *d. lib. 6. cap. 28. & d. lib. 7. cap. 4.* [f] Volateranus *lib. 29. comment. pag. 696. in fin.* [g] *l. Imperatores, 7. ff. de public. & Vectig.* Vide Heigium. *lib. 1. quæstion. 17.*

Sed Prætoris edictum de publicanis & vectigalibus, pertinet non tantùm ad vectigalia ita propriè appellata, sed ea etiam, quæ vectigalium loco habentur. 14

l. sed & hi 13. in princ. & §. 1. ff. de public. & Vectig. & l. Vectigalia 10. C. de Vectigal. & commiss.

Instituuntur autem vectigalia, vel authoritate Imperatoris, [a] aut Regis, [b] vel præscriptione temporis immemorialis. [c] Absq; his modis, neque nova instituuntur, neq; vetera augentur vectigalia. [d] Vnde nec à præside, [e] Principe, Comite, Barone Imperatorem recognoscente, [f] nec decreto civitatis, [g] instituti aut augeri possunt, [h] sicut nec ab uno loco in alium cum præjudicio & interesse aliorum, qui pendere vectigal tenentur, transferri. [i] 15

[a] *l. Vectigalia. 10. in princ. ff. de public. & Vectig. l. 3. C. nov. Vectig. instit. non poss. c. super quibusdam. §. præterea. ext. de Verb. significat.* [b] *d. c. super quibusdam, §. præterea. ext. d. c. innotuit. ext. de censib.* [c] *d. c. super quibusdam. §. præterea. ext. eod. tit.* Mynsi. *cent. 5. obs. 29.* [d] *l. 4. C. Vectig. nov. inst. non. d. l. Vectigalia 10. ff. de public. cap.* [e] *l. 1. C. Vectig. non. inst. non poss.* [f] Mynsi. *d. obs. 29. nu. 2.* [g] *l. 2. C. Vectig. nov. inst. non poss.* [h] *per l. Vectigalia 10. ibi, nec præcedentia reformare. ff. de public. & l. 4. C. Vectig. nov. inst. non poss.* [i] Petr. Frid. *lib. 2. de mandat. cap. 42. nu. 4. & 5.* De nundinis item tradit Sichard. *ad l. un. n. 1. C. de nundin.* Georg. Eyerhard. *consil. 20. Vol. 1.* Quetta *consil. 3.*

Quin etiam præter Imperatoris authoritatem, hodie Principum quoque Electorum consensus, ad instituenda nova vectigalia requiritur. 16

Reichs Abschied *de Anno 76 §.* weiters seind wir auch *& §.* derhalben Friderus *lib. 2. de mandat. cap. 43. num. 3. in fin.* Ego *de Regal. cap. 2. num. 184.*

17 Quòd si quis Princeps, Comes, Baro, aut civitas aliqua impetrare cupiat ab Imperatore novum vectigal, in supplici suo libello mentionem facere debet, locum, pro quo impetratur novum vectigal, non esse gravatum alijs vectigalibus: alioqui privilegium præsumeretur per obreptionem impetratum, proindeque invalidum esset.

l. 1. Cod. de vectigal. institut. non poss. & ibid. Sichard. *ad rubr. nu.* 8. Mynsing. *d. cent. 5. obser.* 31. Ego *dict. tract. de Regalib. cap. 2. num.* 188.

18 Alio modo institutum vectigal licitum non est: [a] proindeq; fraudari impunè potest: [b] Et exercentes illicita vectigalia, non solùm pœna legis Iuliæ ambitus plectuntur, [c] sed & legis Iuliæ de vi publica pœna in eos convertitur, [d] & jure Canonico excommunicatione coercentur. [e] Vnde etiam mandata inhibitoria contra eos in Camera decernuntur. [f]

[a] *per l. non dubium est 5. C. de legib. & l. jubemus 14. §. 1. in fin. C. de SS. Eccles.* [b] *arg. l. 1. in fin. & l. ult. in fin. ff. de condict. sin. caus.* Bart. *ad l. Vectigalia 10. in princ. ff. de public.* Bald. *ad l. Veteres, num. 4. ff. de justit. & jur. & ad l. ult. num. 3. C. de jur. aur. annul. & ad tit. quæ sint regal. num. 2. lib. 2. Feud.* Roland. à Valle *consil. 91. num. 52. vol. 2.* Mynsing. *cent. 5. obser. 29. num. 4.* Borcholt. *ad tit. quæ sint regal. num. 47. lib. 2. Feud.* Rosenthal. *in synop. jur. feud. cap. 5. concl. 44.* [c] *l. un. §. item si. ff. de L. Iul. ambit.* [d] *l. ult. ff. ad l. Iul. de vi public.* Existimat Petr. Frider. *l. 1. br. 2. de mandat. cap. 42. num. 1.* hos etiam læsæ Majestatis pœnâ teneri, *per l. 3. in fin. lib. Qui vexatus propter stationem magistratûs de quod scienter dolo malo gesserit, ff. ad l. Iul. Majest.* [e] *t. nunc videndum, ext. de excess.* [f] Petr. Frider. *d. cap. 42. num. 1. 4. & 5.* Eodem cap. vide quoque de modo supplicandi contra nova, illicita, & insolita vectigalia.

19 Hinc quæritur, si quis Princeps, Comes, aut civitas in quodam fluminis diverticulo telonium habeat, quo abire per oppidum aut vicum aliquem mercatores necesse habent, utrum telonium hoc ad vectigalis & transeuntium commoditatem aliò transferri licitè possit, etiamsi oppido aut vico illi translatio ea damnum aliquod adferat, eo quòd ampliùs mercatores per oppidum illud aut vicum non transeunt. Negata sententia nobis non probatur.

per text. in l. Proculus 26. ubi Dd. *ff. de dam. infect. & l. un. §. sed etsi ff. ne quid in flum. public.* & hanc conclusionem amplectitur Petr. Frider. *d. cap. 42. num. 5.* Vide Me *de Regal. capit. 2. num. 195.*

20 Pauca jam de locatione conductione vectigalium. Et primò vectigalium locatio conductio non minùs, quam triennij fine concluditur: quo spacio elapso alijs rursus locari possunt.

l. penes 4. Cod. de vectigal. & commiss. Rationem hujus juris Sichardus *ad Rubric. C. dict. num. 4.* hanc esse putat, quod in locationibus propter sterilitatem fit remissio, *l. licet 8. l. excepto 18. C. locat.* quæ sterilitas compensetur cum fertilitate sequentis & tertij.

21 Præterea locatio vectigalium per licitationem fieri debet: zu einem Auffschlag / oder Meerschatz / ut qui in licitatione superior extiterit, ad conductionem vectigalium admittatur. [a] Proindeque publica edicta proponi debent, vel preconis voce denunciandum publicè, ut si quis vectigalia conducere velit, certo die accedat. [b]

[a] *l. locatio 9. in princ. ff. de publican. & vectigal. l. 4. C. vectig. nec. institui non poss. & d. l. 4. C. de*

4. *C. de Vectig. & commiss.* ubi Sichard. *num.* 4. [b] *l.* 3. *C. de locat. prad. civil.* Francisc. Duar. *ad tit. ff. de public. & Vectigal. cap.* 2.

Adhæc qui licitatione vicerit, ita demum ad conductionem admittitur, 22
si fidejussores idoneos & cautionem offerre paratus sit.

d. l. locatio 9. *in princ. ff. de public. & Vectig.*

Sed quæritur, si qui licitatione superior extitit, haud idoneè per fidejus- 23
sores cavere possit, an prior licitator jure cogatur, ut conducat vectigal tãti, quanti prius licitatus fuit? Et licet Bart. ita velit, verior tamen est contraria sententia, [b] quam consulendo Bald. ita tenet, & alij sequuntur. [c]

[a] *ad d. l. locatio* 9. *in princ. ff. d. tit. per l. Sabinus, ff. de in diem addict.* [b] *per l. si præses* 10. *ff. de prator. stipul. l. stipulatus es opus* 44. *ff. de fidejuss. l. cum in plures* 60. *§. leg. dicta, ff. locat.* Ex quibus colligitur, quod peractum secundum ante rem perfectam, recedi videtur actu primo, ut proinde dicendum sit, primum licitatorem per secundum esse liberatum. [c] Bald. refert & sequitur Cremonensis *singulari* 41. ubi addit, quod Baldus pro isthoc suo consilio lucratus sit centum ducatos aureos. Subscribit eidem sententiæ Sichard. *ad d. tit. C. de Vectigal. & commiss. nu.* 4.

Conducere autem vectigal prohibentur reliquatores vectigalium, an- 24
tequam superiori conductioni satisfaciant: [a] proindeq; nec debitores fisci, aut Reipublic. admittendi sunt: nisi forte tales fidejussores obtulerint, qui debitis eorum satisfacere parati sint. [b]

[a] *d. l. locatio* 9. *§. reliquatores, ff. de publican. & Vectigal.* [b] *dict. l.* 9. *§. debitores, ff. dict. titul.*

Non solùm autem unus, sed & plures, societatis habendæ causa, vectigal 25
conducere possunt: quorum unus, si in sua separatim administranda parte minus idoneus reperiatur, alter in se portionem ejus transferri jure desiderat.

l. locatio 9. *§. Socij Vectigalium. ff. de public.*

Non solutis vectigalium pensionibus, expellere conductores, nec dum 26
etiam tempore conductionis completo, vel ab his usuras ex mora exigere permittitur.

l. Vectigalia 10. *§.* 1. *ff. d. tit.*

Proximam inspectionem solutio vectigalium desiderat, ut & pœna eo- 27
rum, qui res suas ad publicanos non profitentur: ubi primò videndum, quarum rerum vectigal, quod portorium dicimus, sit solvendum: tùm quæ personæ pendere vectigal pedagium teneantur, quæ item immunes sint à vectigalium præstatione: tum deniq; de ipsa pœna non profitentium apud publicanos res suas.

Exigi autem portorium potest earum rerum omnium, quæ negociatio- 28
nis causa importantur, vel exportantur, [a] etiamsi militum sint, [b] aut personarum Ecclesiasticarum, [c] aut legatorum gentium devotarum, [d] & quamvis defundis fiscalibus mercatores quid emerint, attamen immunitatem solvendi publici vectigalis usurpare non possunt. [e]

[a] *d. universg.* 5. *& l. seq. ibi, omnium rerum, item ibi, qui negociationis. C. de Vectigal. & commiss.* [b] *l.* 3. *& l. exprastatione* 7. *C. d. tit.* [c] *c. quanquam, ibi, quas non causa negocian-*

di deferunt. tit. de censibus in 6. & clem. præsentes, ibi, quas non negotiandi causa, tit. eod. [a] *l. à legatis ibi, ad propria deferunt, C. de Vectigal.* [c] *d. l. locatio 9. §. ult. ff. de public. & Vectigal.*

29 Quia verò vectigal, id est, portorium venalium rerum, est pars earum certa, & quidem octava Iure Iustinianeo, [a] haud immeritò hic quæritur, si vinum aut cerevisia inferatur, an mercatores vasa aperire, & ex illis partem vini aut cerevisiæ loco vectigalis solvere teneantur, nec ne? Henning. Gœden, [b] & eum secutus Iohan. Schneidewin. [c] id rectè negant.

[a] *l. expræstatione, ibi, oct. Sens, & l. seq. ibi, oct. Sarij, C. de Vectigal. & l. 4. C. Vectigal. nov. inst. non poss.* Hodie tamen vectigal certum ubique & canonica pars rerum non est, sed alio loco aliud exigitur, unde cujusque loci consuetudo inspicienda, *l. 4. in fin. ibi, in omnibus Vectigalibus fere consuetudo spectari solet, ff. de public.* Sichard. *ad tit. C. de Vectigal. nu. 8.* Non tamen barbaricum debet esse vectigal, & excedere justam quantitatem. Barbaricum autem vectigal dicit esse Baldus, quando solvitur ultra tertiam partis octavæ, quæ octava olim exigebatur, Bald. *ad Rubr. ff. de rer. div. num. 3.* quem sequitur Felin. *ad c. 1. nu. 41. vers. aliàs fit cessus. Extr. de const.* & Roland. à Valle *cons. 91. n. 44. vol. 2.* & Petr. Frider. *lib. 2. de mandat. cap. 43. n. 4. in fin.* [b] *consil. 7. & 8.* [c] *ad §. cæpit. tertio, n. 3. Inst. de L. Aquil.* Pars illa vectigalis non ex specie sive corpore, sed ejus pretio solvenda.

30 Quas autem res ad usum proprium sive privatum, vel ad fiscum quis infert, aut juris exercendi gratiâ revehit, nullum pro his vectigal exigitur.

l. in lege censoria 203. ff. de Verb. signif. l. universi §. C. de Vectig. & commiss. l. ult. §. Divus quoque. ff. de publican. De rebus fiscalibus est quoque *text. in d. l. locatio 9. §. ult. ff. d. tit.* Atque hæc sententia procedit, licet mutato proposito vendantur postea merces illæ *arg. text. in l. Clandestinus 6.* ubi Salicet. *C. de contrahend. empt. & vend. c. Factum legis tumè,* ubi Dyn. *Tir. de reg. jur. in 6. l. In ambiguis 86.* ubi Dec. & Cagnol. *nu. 1. ff. de reg. jur.*

31 Hinc Scholarium libri, aliæque res, quas studij causa inferunt, vectigalium oneri non subjacent: neque res personarum Ecclesiasticarum ad proprium earum usum pertinentes; [b] neque res exercitui paratæ. [c]

[a] *per text. in d. l. 5. ibi, quæ ad usum proprium, C. de Vectigal. &* ibi Sichard. *num. 10.* Idem Sichard. *ad auth. habita num. 7. Cod. ne fil. propatr.* Bart. *ad l. ultim. §. Divus num. 2. ff. de publican.* Petr. Frider. *lib. 2. de mandat. judic. cap. 42. num. 6.* Idem privilegium competit quoque Scholarium hospitibus, vina sumentum, & id genus alia ad Scholarum usum advehentibus, *per l. 4. §. 1. ff. de publican. l. In lege censoria 203. ff. de Verb. sign. & Auth. Habita, ibi, tam ipsi, quam eorum nuncij. C. Ne filius pro patre* Sixtin. *de regalib. lib. 2. caput. 6. num. 116. 119. & 134.* [b] *d. c. quanquam, ibi, pro rebus sum proprijs, tit. de censib. in 6. & d. clem. præsentes, ibi, pro earum rebus proprijs, tit. eod.* [c] *d. l. locatio 9. §. res exercitui. ff. de publican.*

32 Vtrum autem proprij sive privati usus, vel negotiationis gratia quid transportetur, secundum BALD. & SICHARD. ex indicijs & conjecturis colligendum erit, quæ sumuntur à qualitate rei, à quantitate, à persona, quæ vehit, tùm etiam à tempore & id genus alijs. Quòd si ex indicijs & conjecturis id non pateat, tùm inspiciendum, qualis quisque sit vir, bonæ vel malæ famæ, ut ad jusjurandum ipsius deveniri possit, aut non.

Bald. *ad d. l. universi 5. C. de Vectig.* Sichard. *ibid. n. 10. vers. unde tu quæras.*

33 Rectè autem faciunt scholares, si quando vasa & cistas cum libris alijsq; rebus suis aliò transferri curant, literas accipiant testimoniales sigillatas, per quas fidem faciant publicanis, se esse studiosos, proindeque libros & res suas alias, quas transmittunt, à vectigalibus esse immunes.

Bart.

Bart. *ad l. ult. §. Divus quoq;. nu. 2. ff. de public.* Bertach. *in promptuar. jur. in Verb. Gabella judiciorum, nu. 34. pag. 602. col. 2.* Sichard. *ad tit. C. de Vectigal. & commiss. nu. 7.*

Etsi verò jure Iustinianeo liberæ sint à vectigalibus res ad proprium & 34
privatum usum, quæ transportantur, hodie tamen ex consuetudinibus pro rebus laicorum quibuscunque vectigal exigi solet.

Duaren. *ad tit. ff. de publican. & Vectigal. cap. 2.*

Non mirum, cum antiquitus pro umbra quoque, & aëre, [a] tùm etiam 35
pro lotio [b] vectigal exactum alicubi fuerit per eos, quibus lucri bonus fuit odor ex re qualibet. [c]

[a] Cujac. *lib. 10. obser. cap. 7.* Bulenger. *de Vectigal. cap. 17. fol. m. 56.* [b] Vespasianus ex lotio vectigal fecit, super quo facto cum à filio admoneretur, quod è re tam putida lucrum faceret, paulò post collectam pecuniam filii naribus admovit, rogavitq; ecquid illa puteret. Erat. Roter. *in ad. leg. Lucri bonus est odor.* [c] *ut est apud Iuvenalem.*

Principes tamen Electores, cæteriq; Principes, & alii omnes, qui ad Im- 36
perii deputati sunt consilium, zum Reichs-Rath gehörig, & horum ministri, immunes sunt à vectigali commeatus sui: [a] Neq; consuetudo locorum, qua de omnibus rebus vectigal exigitur, recepta est in libris aliisque rebus scholarium. [b]

[a] Reichs Abschied zu Augspurg, *de Anno 1500.* von Ordnung deß Regiments, *pag. 41. Facit item* Reichs Abschied zu Wormbs, *de Anno 1521.* von Ordnung deß Regiments, *pag. 161. fac. 1. §. Item* sollen auch, [b] ut omnes Dd. testantur, quos sequitur etiam. Pac. *ad auth. habita. C. ne fil. pro patr. cap. 5. nu. 4.*

Earum tamen rerum vectigal, quarum nunquam præstitum est, exigi 37
non potest.

d. l. locatio 9. §. earum. ff. de publican. & Vectig.

Est & illud hic notandum, quod licet res quædam à vectigalium onere 38
immunes sint, necesse tamen eas profiteri ad publicanos.

per l. ult. §. quatenes, ubi gloss. & Bart. *ad d. §. Divus quoque ff. de publican.* Duaren. *ad ff. de publican. & Vectigal. cap. 3.* Rosenth. *in Synop. jur. feud. cap. 5. conclus. 38. in fin.*

Quòd attinet personas, quæ pedagium pendere, vel non præstare tenen- 39
tur, generaliter hic observandum, omnes omninò privatos huic oneri esse obnoxios, [a] nisi ex privilegio, [b] vel præscriptione [c] immunitatem usurpare possint.

[a] *per l. omnium 6. ibi, ac personarum, quæ privatam degunt vitam, item ibi, nonnulli privatorum, C. de Vectigal.* [b] *d. l. 6. Vers. hoc ideo, C. d. tit.* [c] Mynsing. *cent. 5. obser. 29. num. 11.* Rosenthal. *d. cap. 5. Synops. Feudal. conclus. 46.*

Personæ ergò Ecclesiasticæ non præstant pedagium: [a] Idem de scholari- 40
bus sentiendum: [b] tum etiam de Illustrissimis, illustribus, generosis, & nobilibus: [c] ut & ambasiadoribus & legatis principum: [d] atque etiam de consiliariis aliisque personis, ad Imperij consilium deputatis, & horum familia. [e]

[a] *cap. quanquam, de censib. in 6. & clem. præsenti, eod. tit.* [b] *per auth. habita, ubi* post alios etiam Sichard. *num. 7.* & Pac. *cap. 5. nu. 4. C. ne fil. pro pat.* Rebuff. *de privil. scholar. pag. 140. num. 1.* Horat. Luc. *de privil. scholar. privil. 54.* Rosenthal. *d. cap. 5. conclus. 48.* Peur. Frider. *lib. 2. de mandat. cap. 42. nu. 6.* [c] *per d. l. omnium 6. C. de Vectig. ubi personæ tantum privatæ Vectigalium oneri subjiciuntur,* Peur. Frider. *quoque lib. 2. de mandat. cap. 42. num. 6.* de his personis

idem scribit, atque ita Imperio observari ait. [d] *per d. l. omnium 6. ibi personarum, quæ privilegiatæ degunt etiam, it. in ibi, nonnullis privilegiorum, C. de Sacr. Eccl.* Bart. *ad l. 1. in princ. ff. ad l. Iul. Maiest.* Petr Frider. *d. cap. 42. num. 6.* [c] Reichs Abschied *de Anno* 1500. von Ordnung deß Regiments. *pag. 41. fac. 2. Rubr.* Alle so in deß Reichs Regiment gehörig sollen aller Tax/ Zoll/ vnd Ungelts frey seyn. *Item:* Reichs Abschied/ *de Anno* 1521. von Ordnung deß Regiments/ *pag. 116. §. Item:* sollen auch Churfürsten. Et quamvis uterque ille Imperii recessus loquatur tantùm in specie de personis ad consilium Imperii deputatis, zum Reichs Rath / attamen de aliorum quoque Principum Parlamentorum assessoribus & consiliariis, &c. idem tradit Petr. Frider. *d. cap. 42. nu. 6.* Vbi in hanc sententiam adducit etiam authoritatem Papon. *lib. 5. de arrest. tit. 11. num. 13.*

41 Alicubi tamen ob quotidianam ferè in conservandis pontibus, vel aggeribus contra vim & impetum fluminis difficultatem, [a] nemo immunis est à præstandis vectigalibus, veluti Argentinæ, ubi pontem Rhenanum sine vectigali, paucis exceptis, nemo transit [b]

[a] Vide Coler. *de proceff. executiv. part. 1. c. 3. nu. 77. & seqq.* [b] Hujus Argentinensis vectigalis meminit quoque Petr. Frider. *lib. 2. de mand. cap. 42. nu. 6.*

42 Quòd autem de præscriptione immunitatis à vectigalibus antea dictum est, de præscriptione temporis, quod hominis memoriam excedit, exaudiri debet.

Cùm enim tanti temporis præscriptione vectigal jure Canonico institui possit, *d. c. super quibusdam, §. præterea, ext. de verbor. signif.* Nicol. Everhard. Senior. *cons. 3.* consequens est, ut tanti quoq; temporis spacio amittatur, *per l. nihil tàm naturale 35. & l. omnia quæ jure 100. ff. de Reg. Iur.* Mynsing. *d. cent. 5. obser. 29. nu. 11.* vide Rosenthal. *d. cap. 5. concl. 46.*

43 Quæritur, an hi, qui ab illis, qui à vectigalium præstatione immunes sunt, quid emerunt, privilegio etiam eorum utantur? Et verius est, cessare privilegium, atque adeò vectigal his solvendum esse.

d. l. locatio 9. §. vlt. ff. de public. Petr. Frider. *d. cap. 42. nu. 7.* Et pertinet huc quæstio, an vectigalia sint personalia munera, vel realia. Bart. *ad l. 1. in princ. 5. ff. d. tit.* & Bald. *ad l. placet in fin. C. de SS. Eccles.* affirmant prius. Sed eidem Bart. *ad l. un. nu. 38. C. de mulier. in quo loco, lib. 10.* & Petr. Frider. *d. lib. 2. c. 43. nu. 12.* posterius placet.

44 Succedit pœna non profitentium ad publicanos res suas: quæ est commissum, [a] id est, rerum amissio & publicatio. [b] Et profiteri quis tenetur res omnes, etiam à vectigalibus immunes. [c]

[a] Commissum est nomen substantivum, dicimus enim quæstio commissi, item commissum facere, & in commissi causam cadere, tum etiam pœna commissi, & ratio commissi, *l. 1. 2. & 3. Cod. de Vectigal. & commiss. l. Imperatores 7. in fin. ibi, pœnam commissi, & l. seq. ff. de publican.* Et est commissum ipsa pœna eorum, qui res suas non profitentur ad publicanos, uti loca modò adducta, & maximè *l. commissi 14. d. tit.* arguunt, & docet Cujac. *in paratit. ff. d. tit. & paratit. Cod. de Vectigal. & commiss.* [c] *l. ultim. §. quæsties, & §. Divus ff. de publican.* Cujac. *lib. 14. obser. cap. 3.* Horat. Luc. *prælud. 54. Vers. Limita.* Christinæ. *Vol. 1. decis. 101. & seqq.*

45 Cadunt autem in commissum res non professæ ipso jure. [a] Attamen possessio earum ut amittatur, declaratoria judicis sententia est necessaria. [b]

[a] *l. commissa 14. ff. de publican. & l. 2. Cod. de Vectigal. & commiss.* Cravetta *consil. 115.* [b] *per l. defensiones facultas 7.* ubi Cujac. *C. de jur. fisc. lib. 10.* Andr. Geil. *lib. 2. observat. 51. num. 5. & de pac. publ. lib. 2. cap. 3. num. 11.* Borch. *ad tit. 56. quæ sint regal. num. 48. lib. 2. Feud.* Coler. *de proceff. Execut. part. 1. cap. 31. numer. 14.* Rosenthal. *d. cap. 5. concl. 40. in fin.* Cravetta *consil. 905.*

Sed

Sed qui partem tantùm non fuit professus, non res omnes amittit, sed eam partem tantùm. [a] Vnde consequens est, si socius rem communem portans non solverit vectigal, alterius socii partem non incidere in commissum: [b] neq; in pœnam commissi incidere res, si aurigæ saltem, famulorum, aut naucleri culpa professio facta non sit: [c] neque si culpa sua fur rem mihi surreptam non fuerit professus. [d] 46

[a] Nam fideicommissarius rerum hereditariarum partem surripiens, iis solis, quas subtraxit, mulctatur, *l. Paulus 58. ff. ad Trebell.* & Vasallus, qui partem duntaxat feudi alienavit inconsulto domino, non totum feudum sed partem tantùm amittit, *tit. 38. lib. 2. F.* Sic proportionis ratio habetur *in l. cum debitore 17. & l. seq. ff. rem rat. hab. l. rescriptum 6. & l. heres. 11. ff. de his, quæ ut indig.* Denique hanc sententiam communiter tenent Dd. quos citat Rosenthal. *d. cap. 5. conclus. 41. ad lit. A.* Eidem subscribit etiam Petr. Frider. *d. cap. 43. num. 7. & 11.* [b] *l. fraudati 8. in fin. ff. de publican.* & fac. *l. eorem. 11. §. dominus, & l. ult. §. magnus, ff. d. tit.* Rosenth. *d. cap. 5. conclus. 41.* Dissentit Petr. Frider. *d. cap. 43. num. 8.* [c] per text. *in d. l. eorem. §. dominus. & l. ultim. §. magnus, ff. de public.* & pertinent huc quæ tradit Bertachin. *tract. de Gabellarum, part. 9. nu. 9.* Dissentit apertè Petr. Frider. *d. cap. 43. num. 8.* vide Paul. Christinæ. *Vol. 1. decis. Belgicar. 114.* & Me *de reg. d. cap. 2. nu. 210.* [d] *argu. d. l. fraudati 8. §. 1. d. l. eorem. 11. §. dominus, & d. l. ult. §. magnus, ff. de public.* Confert item huc, quod etiam emptori meæ rei evincere eam possum, *l. si mancipium 23. C. de R. V.* & tradit ita Petr. Frid. *d. c. 43. num. 9.*

Quòd si pupillus non fuerit apud publicanum res suas professus, locus quidem est pœnæ commissi, verùm si intra diem trigesimum vectigal inferant, remittitur illis hæc pœna: [a] quin & minores, si non dolus ipsorum interveniat, restitutionis in integrum beneficio gaudent. [b] 47

[a] *l. Imperatores. 7. §. ult. ff. de publican.* Quem locum Bart. generaliter de quolibet intelligit: tam reprehendit Petr. Frider. *d. cap. 43. nu. 6.* [b] *l. si ex causa 9. §. pen. ff. de minor.*

Militibus etiam in hoc prospectum est, ne ob omissas professiones pœna commissi teneantur. 48

l. 3. C. de Vectigal. & commiss.

Similiter casus fortuitus non profitentem excusat: puta vis tempestatis. 49

l. ult. §. si propter. ff. de publican.

Sed quæritur, an itidem ignorantia excuset? Id judicis arbitrio relinquendum est. 50

Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. casu 397.* Rosenthal. *d. cap. 5. conclus. 49.* Petr. Frider. *d. cap. 43. num. 5.*

Excusationem autem non præbet ulli, quod à stationariis vel publicano admonitus non sit. Professio enim requirit, ut ad telonium accedatur, & indicetur, quid, quantumque vehatur. 51

l. ult. §. Dici quoque, ff. de publican. l. 3. ibi. ob missas professiones, C. de Vectig. Petr. Frider. *d. cap. 43. num. 10.*

Persequi autem rem, in commissum quæ incidit, potest dominus vectigalis, instituta vindicatione, quicunque possederit eam. 52

Per d. l. commissa 14. ff. de publican. Sichard. *ad tit. C. de Vectigal. nu. 11.* Cæterùm Bald. *cons. 328. incip. adusit. unum. num. 2. Vol. 2.* asserit, quod pro actione ipsis vectoribus etiam captura & carcer inferri possit, quodq; detentio rerum ipsis stationariis, & publicanis sit permissa. De hac Baldi sententia vide quoque Coler. *de process. execut. part. 3. cap. 3. nn. 35. & seq. & part. 1. cap. 3. nu. 74. & seq.*

Quæ actio etiam ipsi redemptori vectigalis competit. 53

per l. si

per l. si quis 11. *C. de Vectigal.* Sichard. *ad eund. tit. nu. ult.*

54 Sed nunquid præter rem commissam, insuper etiam ipsum vectigal peti potest? Negamus.

argum. §. sed & legis Aquiliæ, Instit. de action. Colet. *de proceff. execut. pag. 1. c. 3. num. 79,* Dissentit. Matth. de Afflict. *ad tit. 56. quæ sint reg. l. in verb. Vectigalia, nu. 52. lib. 2. Feud.* vide Me *de regal. lib. cap. 2. nu. 213. & seqq.*

55 At perit hæc actio tùm lapsu quinquennij, tùm etiam si res, quæ in commissi causam cecidit, non amplius existat, non tamen dolo supprimatur.

l. 2. Cod. de Vectigal. ubi Sichard. *num. 11. in fin.* & Covar. *de Matrim. 2. part. cap. 6. §. 8. numer. 22.*

56 Cæterùm morte ejus, qui fraudem contraxit, non tollitur, sed ad ejus etiam heredes transmittitur.

l. si tutelæ 8. in prin. ff. de publican. vide Cujac. *in lib. 73. Responsor. Papin. pag. 550.*

57 Sed quæ pœna in peditem, aut equitem constituta, si is pedagium fraudet? Dupli aut tripli pœnam, pro qualitate fraudis, ei imponendam esse putamus.

Ita vult etiam Petr. Frider. *d. cap. 43. nu. 11. in fin.* & facit quoad duplum pro hac sententia *§. sed & legis Aquil. Instit. de action.* Confert quoque textus *in l. locatio 9. §. Quod illicitè. 5. ff. de publican. & Vectigal.*

58 Cum verò tanta sit constituta pœna in eos, qui vectigal fraudant, non injuria vicissim, & illud cautum est, ut mercatores & viatores, qui solvunt vectigal, sub tutela sint, & protectione domini, ad quem pertinet vectigal; adeoque si quid damni ipsis in via publica contingat, dominus ad ejus æstimationem teneatur.

Andr. Gail. *lib. 2. obser. 64.* & Colet. *de proceff. execut. part. 1. cap. 2. n. 296. & seq.* ubi ostendit, quosdam id restringere ad eum duntaxat casum, quando colligens vectigal scivit robatiam, & potuit providere vel prohibere, sed non providit, neque prohibuit. Sed quæstionem hanc paulò aliter tractavi *in Tractatu meo de regal. lib. cap. 2. nu. 175. & seqq.*

59 Reliquum est, ut de furto, rapina, & damno injuriâ publicanorum dispiciamus. Etsi verò ex his delictis conveniri possunt publiciani communi actione furti, vi bonorum raptorum, & damni injuriæ; [a] attamen quia nemo nescit, quantæ audaciæ, quantæ temeritatis sint publicanorum factiones, [b] quantaq; ipsi avaritia ardeant, [c] idcircò ad compescenda hæc ipsorũ vitia [d] in eos edicto Prætoris comparata etiam est specialis actio in factum, [e] quæ intra annum est in duplum, cui rei persecutio inest, [f] post annum in simplum: [g] Et datur heredibus, [h] tùm etiam in heredes, quatenus locupletiores ex delicto sunt facti. [i]

[a] *l. 1. §. 2. 3. & 4. ff. de public.* [b] *l. quanta 12. in prin. ff. d. tit.* [c] *l. universi 5. in fin. C. de Vectigal. & l. 4. C. Vectigal. non inst. non poss.* [d] *d. l. quanta 12. in prin. ff. de public.* [e] *l. 1. in prin. §. 2. 3. & 4. ff. d. tit.* [f] *l. hoc edicto 5. §. 1. & l. locat. 9. §. quod illicitè ff. d. tit.* Sed vide gl. *ad rubr. ff. naut. caup. stabul.* [g] *d. l. 1. in prin. ff. de publican.* [h] *l. sed & hæc 13. §. ult. ff. d. tit.* [i] *l. 4. in prin. ff. eod. tit.*

60 Atque hæc actio contra publicanos strictim potest, licet absque vi, quid illicitè à negociatoribus, & prætereuntibus exegerint.

l. si mulier 6. & d. l. locatio 9. §. quod illicitè ff. h. tit.

61 S. tamen publicanus etiam post acceptum judicium restituere simplum

paratus

paratus sit, absolvendus erit. [a] Vnde hæc actio quibusdam [b] arbitraria videtur: id quod tamen non probamus. [c]

[a] *d. l. 5. in prin. d. l. 1. §. & restituendi, ff. d. tit.* [b] Coras. *ad l. 5. in princ. nu. 13. ff. de in lit. jur.* Loriot. *tract. de act. axiom. 69.* Menoch. *lib. 1. de arbit. judic. cas. 5. nu. 9.* [c] *per §. præterea,* ubi vide Donell. *nu. 8. Inst de action.* Duar. *ad tit. de public. cap. 1.*

Si multi publicani sunt, qui deliquerunt, non multiplicatur duplicatio sed omnes partes præstabunt: Et quod ab alio præstari non potest, ab altero igitur. 62

l. si multi 6. ff. de publican.

Non solum autem suo nomine hac tenetur actione publicanus, sed & nomine suæ familiæ, sive liberi homines, sive servi proprii vel alieni fuerint, modò tamen ipsi vectigali, aut tributo ministrent. 63

l. 1. in prin. & §. familiæ nomen, & d. l. quanta 12. §. familiæ. ff. de publican.

Et si plures de familia deliquerunt, tantum dominus præstabit, quantum si unus delictum admiserit. 64

l. 3. §. ult. d. l. si multi 6. ff. d. tit. ubi Duaren. *cap. 1. in fin.*

Exhibitione tamen liberi hominis publicanus liberatur, & ipsemet liber homo tenetur: [a] Servo autem proprio exhibito, noxali judicio convenitur. [b] Quòd si non exhibeatur servus proprius vel alienus, sine noxæ deditione judicium pati cogitur, sive possit exhibere, sive non. [c] 65

[a] *l. 1. §. ult.* ubi Bart. *ff. hoc tit.* [b] *l. 3. in princ. ff. eodem.* [c] *d. l. 1. §. ult. ff. d. tit.* obstare videtur *l. sed & hi 13. §. quid tamen, ff. eodem,* vide Iul. Pac. *antin. cent. 6. antin. 78.*

Non solùm hac publicanus tenetur actione, sed & si quid illicitè per vim extorserit, amplius extra ordinem plectitur. 66

d. l. locatio 9. §. quod illicitè. ff. de publican.

Quòd si etiam pro rebus, quæ à vectigali immunes sunt, stationarii milites cæteræque personæ vectigal ex avaritia extorserint, capitalis pœna ipsis est proposita. 67

l. universi 5. C. de Vectig. & commiss.

Et vectigalium redemptores, si ultrà antiquam consuetudinem, & præfinitos vectigalium terminos aliquid profligarint, perpetuo exilio puniuntur. 68

l. 4. C. Vectig. nov. instit. non poss.

Class. IV. Disputatio IV.

De Iniuriis.

Thesis I.

Nunc de injuria dispiciendum. Est autem injuria delictum, [a] quo quis alium invitum, [b] contumelia, [c] immeritò, [d] afficit.

[a] *l. 4. ff. de oblig. & act. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. in princip. Vers. Nam omnes. l. ultim. in princip. Cod. de injur.* [b] *l. 1. §. Vsque adeo, in fine. ff. d. tit. c. scienti. de reg. jur. in 6. l. cum donationis 34. ibi, nec unquam volentibus dolus infertur. C. d. tit. inst. & §. ult. Instit. de injur. l. non solùm 11. §. 1. ff. eod. tit. Iul. Paul. lib. 5. sentent. tit. 4. in prin. & d. l. 1. in prin. & ibi,* gloss.

Voss. in Verbo, contumelia. l. prator 7. §. atrocem, ibi, contumeliosiorem, l. injuriarum 13. ibi, ex animo ad contumeliam. l. item apud 15. §. si quis servo, ibi, altera ad contumeliam, & §. pen. ibi, si in contumeliam, item, ibi, quoties in contumeliam, ff. de injur. & Instit. tit. eod. in princ. Est autem contumelia contemptus sive despectio, ad infamiam, vel invidiam, & pudorem alterius spectans *l. 1. in fin. principij d. l. item apud 15. §. sed quod adjicitur. l. Semproniscons. 38. l. 1. §. ipsa adeo, ibi, nostrum pudorem pertingat, ff. de injur.* Ludolphus Schrader. *num. 3. consilij, quod est 40. sub tomo 1. Variorum consil. Iurisconsul. ejusdem Germaniæ.* Ithac tamen injuria diffamatus non efficitur infamis, *l. un. C. de famosis libell.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 38. pag. 504.* & docui in commentario *in l. un. C. de famosis libell. cap. 4. l. cum qui 18. in princ. ff. de injur. & l. 3. C. de offic. Rector. Provin.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 24. pag. 448. litt. 41.* Et Cujac. *in lib. 55. Pauli ad edictum pag. 78.*

2 Etsi verò injuriam veteres juris autores inter privata delicta connumerent, [a] quandoq; tamen etiam publicum est delictum. [b]

[a] *l. injuriarum 7. & d. l. ultim. in princ. C. de injur.* [b] *d. un. C. de famosis libell. l. lex Cornelia 5. §. si quis librum, & l. seq. ff. de injur. gl. in l. unic. tit. num. 7. C. de ver. l. ites accusatore 5. ult. &* ibi Bart. *ff. de accusat. cont. d. l. 5. §. si quis librum. ff. de injur. l. si quis in hoc 10. C. de Episc. & Cleric.* Cujac. *lib. 5. sent. Pauli tit. 4. §. mixto jure.* vide Dn. D. Harprecht. *ad §. primum. 7 num. 11. & seq. Instit. de injur.* ubi dilucide.

3 Cæterùm circa injuriam duplex inspectio incurrit: una est de ipsa injuriæ impositione, altera de impositæ injuriæ vindicatione.

4 In impositione injuriæ spectamus tùm eum, qui injuriam alicui facit, & qui patitur injuriam: tùm modum inferendi injuriam.

5 Injuriam facit, qui doli capax est, non etiam furiosus, & impubes, qui doli capax non est.

l. 5. §. 1. & §. 2. ff. de injur.

6 Nec refert suo proprio judicio, & per se, vel ab alio concitatus, aut per alium quis injuriam alicui faciat. Nam & alterius operâ, & monitu alterius quis alicui injuriam imponere potest.

l. lex Cornelia 5. §. si quis librum, & l. item apud Labeonem 15. §. 2. & §. fecisse consortium. ff. de injur. §. 1. ibi, dolose malo fecit. Instit. eod. tit. Paul. lib. 5. sentent. tit. 4. Pertinet huc, quod Plautus *in Curcul. act. 3. in fin.* Qui, *aut*, monet, quasi adjuvat. Et scribit Chassanæ. *ad consuetud. Burg. Rubr. 1. §. 5. nu. 74. pag. 202.* quod & is, qui de facto resistere potest, ne alicui injuria fiat, nec tamen resistit, teneatur ac si ipse injuriam inferat.

7 Etsi plures injuriam faciant, tot sunt injuriæ, quot personæ facientium injuriam.

d. l. item apud 15. §. sive unus sive plures. & l. si plures 34. ff. de injur. l. si familia 9. ff. de juris dict.

8 Patitur autem injuriam, & qui non intelligit, quid injuria sit, ut infans, furiosus, mente captus: [a] Ei verò, qui sentit, non nisi invito injuria fieri dicitur. [b]

[a] *d. l. 3. §. 1. & 2. ff. eod. tit.* [b] *per textum ad thesin 1. sub lit. B. adscriptos.* Gilhausen. *in arbor. criminal. cap. 2. tit. 33. §. 3.*

9 Et patitur quis injuriam vel per semetipsum, vel per alias personas, puta per liberos suos, per servos, per uxorem, per nurum, per sponsam. Spectat enim ad nos, & ad nostram existimationem injuria, quæ in his fit, qui vel potestati nostræ, vel affectui subjecti sunt.

l. 1. §. item per semetipsum, & §. seq. & §. ipsa adeo, & §. ult. ff. de injur. §. patitur autem.

Instit.

Inst. eod. tit. Per servos autem nostros tunc demum nobis fieri injuria intelligitur, si quid in eos atrociter, vel ad nostri contumeliam factum fuerit, *l. item apud* 15. *§. si quis sit. fecit, & §. itaque Prætor, ff. h. t.* vide Ernest. Cothman. *Resp.* 15. *nu.* 39. *& seqq.* Cœpen. *lib.* 2. *obser.* 81. *per tot.* Gilhausen. *d. tit.* 33. *§.* 7. Cravetta *cons.* 119. Sed an uxor injuriam viro illatam vindicare possit? ostendit Speckhan. *cent.* 2. *class.* 3. *quæst.* 3.

Et si fortè cadaveri aut famæ defuncti fiat injuria, heredi ejus, bonorúmve possessori ea injuria fieri intelligitur: quippe cùm ea ad horum existimationem spectet 10

d. l. 1. *§. & si fortè. ff. h. t. & l. ossa* 8. *in princ. ff. de relig. & sumpt. fun.* Et scribit post alios Chassanæ. *ad consuetud. Burg. Rubr.* 1. *§.* 7. *nu.* 40. *&* 41 quod executori, vel officiali meo facta injuria, mihi imposita censeatur Injuria item procuratori facta, domino facta intelligitur, ut tradit Iohann. de Prato, *cons.* 9. *nu.* 9. *Tom. secundo consil. crim.* vide Andr. Gail. *lib.* 1. *obser.* 125.

Licet autem injuria genero nostro, vel socero, vel vitrico, vel privigno, vel sobrino, vel alii affini, aut etiam cognato imposita, nos etiam pertingat, [a] ex ea tamen convitiatór ille nobis non obligatur, sed illa impedit duntaxat judicationem & testimonii dictionem, agente scilicet ex ea hac injuria affine, aut cognato nostro, qui injuriam passus est. [b] 11

[a] *l. lex Cornelia* 5. *in prin. Vers. quæ leg. ff. de injur.* Bart. *ad l. tutor. §. si tutor. ff. de suspect. tutor.* Thomas de Salvetis *cons.* 28. *nu.* 5. *Tomo* 2. *consil. crimin. d.* Et Iustinianus Bondenarius *cons.* 54. *num.* 13. *Tomo cons. crim. eod.* [b] *d. l. lex Cornelia* 5 *in princ. ff. de injur.* Wesenb. *post alios. cons.* 22. *nu.* 29. Menoch. *de arbitr. Iudic. lib.* 2. *cent.* 3. *casu* 262. *nu.* 4. *&* 5.

Similiter si viro aut sponso inferatur injuria, uxori aut sponsæ ejus inde non nascitur injuriarum obligatio. 12

l. 2. *& d. l. item apud* 15. *& sponsum. ff. de injur.* Henning. Gœd. *cons.* 102. *nu.* 5. *& seq.*

Est & illud hic notandum, non fieri injuriam illi, qui de vero quodam crimine ab aliquo, ut ejus flagitium vulgò dispalescat, infamatur, cum peccata nocentium nota esse & oporteat & expediat. 13

l. cum qui nocentem 18. *in princ. ff. de injur. l. un. & vers. sanè si quis, C. de famosis libell. & l.* 3. *Cod. de offic. Rectoris provinc.* Cujac. *in lib.* 5. *Pauli ad edictum. pag.* 78. & Donell. *lib.* 15. *Commentar. cap.* 24. *pag.* 448. *lin.* 41. *& pag. seq. lin.* 28. *& seqq.* Sed obstare videtur, *l. quisquis* 7. *§.* 1 *Cod. de postuland. l.* 3. *C. qui ad. testament. aper.* Et de hac conclusione imprimis etiam videndi Dd. nostri, *ad d. l. cum qui. ff. de injur.* Boër. *cons.* 4 *nu.* 19. 32. *& seqq.* ubi septem opiniones refert. Oldrad. *cons.* 53. V Wurmbser. *lib. pract. obs.* 9. *tit.* 46. *obser. Sax.* 6. Ioachim Beust *ad l. nam posse. aquam, §. si damnetur, ff. de jurejur. and. vag.* 177. Didac. Covar. *lib.* 1. *Variar. resolut. cap.* 11. *num.* 6. *&* 7. Coras. *lib.* 6. *Miscell. cap.* 24. *num.* 7. Gomez *T. tio* 3. *cap.* 5. *num.* 2. Andr. Gail *lib.* 2. *obser. & pract. obs.* 99. Ioachim à Beust. *ad tit. de jurejurando pag* 177. Schrader. *cons.* 40. *nu.* 77. Gerf. Aneo. *Tom.* 1. *Variar. consil. Iureconsultorum Germ.* Marth. Coler. *in tract. st. dep. ad eff. execut. part.* 1. *cap.* 8. *nu.* 79. Cravett. *cons.* 168. *num.* 2. *lib.* 1. V Wirtum. *cons. criminal.* 2. *nu* 3. *& seqq.* Iohan. Robert *Anrel. lib.* 2. *sentent. cap.* 7. *& tract. sollenniar. in let. V. Reg. d.* 784. vide quoque Mynsing. *cent.* 4. *obser.* 4. Fachin. *lib.* 9. *controv. c.* 3. *jur. cap.* 10. Everh. Bronchorst. *cent.* 4. *casu assert.* 77. Sed hanc quæstionem accurate expositi tractat. meo de famosis libellis, *cap.* 3. *nu.* 16. *precedentibus & seqq.* In libello quoque judici porrecto, licet de reo impune scribere, quod contra datam fidem Reus in solutione debiti fuerit cessator. Coler. *in tr. de eff. execut. part.* 1. *cap.* 8. *nu.* 78.

Hinc quidam, homuncio eum, impunè ab aliquo vocari potest, homo scelera- 14
tus, ein ehrloser Mensch. [a] Alii tamen personæ infami injuria impunè fieri non potest [b]

[a] Reichs Abschied/ *de Anno* 1530. *pag.* 225. *fac.* 2. *Vers.* und solche/ &c. [b] Iacob. de Belviso

in practica criminali, lib.1. cap.3. nu.76. Tiraquell. *de pœnis temper. in præfat. nu.17.* Mynsing. *decad.9. resp.83. nu.19.* vide Iohan. Dauth. *de testament. pag.269. & seqq.*

15 Modus faciendi injuriam tùm formalis est, tùm accidentalis.

16 Formalis modus faciendi injuriam in duobus consistit: ut sunt tùm affectus, id est, voluntas & propositum facientis injuriam, [a] quo maximè injuria ab aliis delictis distinguitur: [b] tùm verbum aut factum aliquod contumelioſum. [c]

[a] *l.3. §.1. ff. de injur. l. qui servum 34. in princ. ff. de oblig. & act. l. si non convicij 5. C. de injur.* Nicol. Boer. *consil.4. num.2.* Franciscus Duaren. *in commentar. ad d. tit. de injur. cap.1.* Hinc animus injuriandi dicitur fundamentum & substantia injuriæ. Mynsinger. *Resp. 51. nu. 11. Decad.6. & resp.74. num.6. Decad.7.* Henning. Goeden. *cons. 31. numer. 11. & consil. 106. num. 27.* Item dicitur substantiale requisitum actionis injuriarum, Andr. Geyl. *lib.2. observ. practic.99. num.5.* [b] *l. qui injuria 53. in princ. ff. de furt.* [c] Non sufficit affectus facientis injuriam, sed & ipsum insuper factum injurioſum, id est, contumelioſum requiritur. *d.l. injuriarum, 13. §. Si quis de honoribus, & d.l. item apud. 15. §. sicuti. Verſ. quis. ff. de injur.* Id quod arguit etiam *l.4. Verſ. num hæ. ff. de oblig. & act. & tit. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. naſc. in princ. Nam omnes ex re naſcuntur.* Factum, inquam, contumelioſum. Nam ut affectus injuriandi unum hujus delicti requisitum est: sic ipsa contumelia, facto quodam imposita, alterum ejus substantiale est requisitum, per textus *ad thesin 1. sub lit. C. ad ſcr. ipsos.* Utrunque illud requisitum conjunctim proponitur *in l. 5. ibi, convicij conſilio te aliquid injurioſum dixiſſe. C. de injur.* Numquid ergo non tenetur injuriarum actione, qui alicui suum non exhibet honorem? Ita dicendum videtur *per d. l.13. §. ſi quis de honoribus.* ubi vide Bartoli argumentum *ff. h.t. facit l. ſi cujus 13. §. de præterea, Verſ. quid ſi ſunt claſſes. ff. de uſufruct.* Quid vero an teneatur injuriarum qui alicujus uxorem adulterio fœdavit, vel filiæ stuprum intulit, & negandum videtur: Cum animus injuriandi non adesse censeatur. Nec enim factum quæritur, sed causa faciendi: Causa autem faciendi libido fuit, non injuria, uti in simili dicit Vlpianus *in l.39. ff. de furt.* Et hanc sententiam amplecti puto Bartol. & alios quos allegat Boer. *dec. 297. numer.10.* Sed cum Baldo dissentit Angel. *in tract. de malefic. tit. de adulter. num.6. per l 1. in fin. ff. ad L. Iul. de adulter.* vide Dn. D. Besold. *in diſput. de injur. cap.2. concluſ.6.* An verò prædicto casu detur actio servi corrupti, quæstionis est? Affirmativa placet. vide *ſupr. hac claſſ. diſput.2. theſ.57.* & Cothmann. *tit.1. conſ.15. nu.75.*

17 Non ergò facit injuriam, qui per jocum, aut dum certat, percutit aliquem: ut nec ille, qui jure publico, quid facit; ut si magistratus pro officio jurisdictionis bona alicujus capi & distrahi, vel quem ob maleficium in carcerem duci jusserit: aut si apparitor jussu magistratus aliquem in carcerem duxerit, & repugnantem vi ire compulerit. [b] Neque facit injuriam astrologus, vel qui aliquam illicitam divinationem pollicetur, si consultus aliquem furem dixerit:

[a] *l.3. §.pen. ff. de injur.* Nisi jocus ille æquo frequentior fiat. Damhouder. *in praxi rerum crim. cap. 137. numer. 12.* [b] *l. injuriarum. 13. §. 1. & §. qua jure poteſtatis a magiſtratu l. quod Reipubl. 33. ff. eodem tit.* Pertinet huc quod Cic. *lib.1. de offic. ſcribit:* Omnis animadversio & castigatio contumelia vacare debet. Si quid tamen magistratus injuriosè fecerit, injuriarum tenetur actione. *l. nec magiſtratibus 32. ff. de injur.* [c] *l. item apud 15. §. ſi quis Aſtrologus. ff. d.t.* Ex quibus tamen caulis animus injuriandi dolusve abesse censeatur, ut locus Actioni injuriarum non sit? deducit Dn. D. Besold. *vol.2. conſ.28. quæſt.3.* is tamen qui injuriam intulisse dicitur, animum injuriandi abfuisse probare debet. Carpzov. *lib.2. obſerv.81.* Nec requiritur exacta probatio, sed sufficiunt conjecturæ. Petr. Heig. *lib.2. quæſt.31. nu.39.* Berlich. *part.5. concluſ.60. nu.9.* Dani. Mollet. *ad conſtit. Saxon. part.4. conſt.42. nu.30. & seqq.*

Hinc

Hinc etiam non fit injuria, ſi quis amicus aut cliens matronam honoris 18
cauſa aſſectetur: [a] vel præceptor aut magiſter monendi & docendi cauſa diſcipulum pulſet, aut verberet, aut ei convicietur. [b]

[a] *d. l. item apud* 15. *§. meminiſſe. ff. de injur.* [b] *l. item quæritur.* 13. *§. item Iulianus. ff. locati, l. ſed & ſi* 5. *§. ult. ff. ad l. Aquil.* Bart. *conſil.* 104.

Non præſumitur etiam injuriam facere, qui ſanguine junctos, [a] veluti 19
liberos emancipatos, [b] aut libertos ſuos, [c] corrigendi & emendandi cauſa objurgat.

[a] *per l. un. C. de emendat. propinquor.* facit *d. l.* 5. *§. ultim. ff. ad leg. Aquil.* gl. *ad l. Geſtem* 39. *ff. de injur.* VVurmbſer. *lib. pract. obſer. tit.* 46. *de injur. obſ.* 10. Andr. Geyl. *lib.* 2. *obſer. pract. obſ.* 106. *nu.* 6. Joſeph. Maſcard. *de probat. Vol.* 2. *concluſ.* 902. *nn.* 12. 13. & 14. [b] *l. Prætor* 7. *§. ſed & ſi quis ex liberis, ff. de injur.* [c] *d. l.* 7. *§. præterea, & l. non ſolùm* 11. *§. quanquam. ff. d. t.*

Si tamen parens emancipatos liberos, vel patronus libertos ſuos atro- 20
citer pulſet, aut vulneret, injuria eos afficit, & injuriarum actione convenitur.

De liberis emancipatis textus eſt *in dict. leg.* 7. *§. ſed & ſi quis ex liberis, ff. de injur.* De libertis, *in d. l.* 7. *§. præterea, & d. l. non ſolùm* 11. *§. quanquam, ff. d. tit. & l.* 6. *C. eodem.*

Quæritur de ebrio, an & hic convicium objiciendo injuriam faciat? Nos 21
in negatæ ſententiæ defenſionem proniores ſumus, [a] ſi de injuria, ut vero delicto, & pro quâ ordinaria imponitur pœna, quæſtio intelligatur.

[a] Nam injuria ex affectu facientis conſiſtit *l.* 3. *§.* 1. *ff. de injur.* ſeu, ut Paulus Iurisconſultus loquitur, ex affectu fit. *l. qui ſervum.* 34. *in princ. ff. de oblig. & act.* & convicij conſilium deſiderat, *l. ſi non convicij* 5. *C. de injur.* Ebrius autem furioſo ſimilis eſt, *c. Sentet. Diſtinct.* 35. & quid loquatur neſcit, proindeque mortuo comparatur, *c. ſanè* 15. *q.* 1. Neſcit item ſe delinquere, *c. inebriarunt* 15. *q.* 1. Et non ex propoſito, ſed impetu quodam peccat. *l. perſpiciendum* 11. *§. pen. ff. de pœnis.* Ejusque voluntas neque per ſe, neque per accidens in delictum fertur. In potationem quidem ejus voluntas directò fertur, in ebrietatem ſaltem per accidens: In delictum neque directò, neque per accidens, ut patet *ex d. c. inebriarunt* 15. *q.* 1. Et tradit eleganter Didac. Covar. *ad clemen. ſi furioſus. tit. de homicidio. part.* 2. *in princip. num.* 2. & *§.* 4. *num.* 10. & *§.* 5. *num.* 3. & 4. Unde injuriam, quæ verum delictum eſt, non facit ebrius, proindeque injuriarum actione non tenetur. Ang. *ad d. l. ſi non convicij* 5 *num.* 7. *C. de injur.* Damhoud. *in praxi rer. crim. cap.* 137. *num.* 12. Mynſ. *reſp.* 60. *nu. ult. Decad.* 1. [b] Quandoque culpâ alicujus contumelia quis afficitur: ſed tunc injuria non verum, ſed quaſi delictum eſt, & non injuriarum, ſed in factum actio competit. Bart. & Ang. *ad d. l. injuriarum actio* 13. *§. idem Labeo. ff. de injur.* & addit. ad Guidon. Pap. *quæſt.* 324. Sed ebrius, quando aliquem injuria afficit, non dolo, ſed culpa ſua injuriam [illegible] quippe cùm culpa ſit plus æquo, & ad ebrietatem usque potare, *d. c. inebriarunt* 15. *q.* 1. *d. l. perſpiciendum* 11. *§. pen. ff. de pœnis.* Ang. *ad d. l. ſi non convicij* 5. *nu.* 8. *C. de injur.* Didac. Covar. *d. §.* 5. *num.* 3. & 4. Et ob hanc culpam ebrius puniri, ſed mitius arbitrio ſcilicet judicis debet. *d. l. perſpiciendum* 11. *§ pen.* ubi Bart. *ff. de pœn. l. omne delictum* 6. *§. per ebrium. ff. de re milit.* Gomez. *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 73. & Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. jud. cent.* 4. *caſu* 326. *nu.* 4.

Ebrioſus autem, id eſt, qui ex vicioſo habitu, & conſuetudine ſciens 22
prudensque inebriatur, ſi conſueverit eſſe rixoſus, & excitare turbas, aliosque verbis contumelioſis proſcindere, neque ignoret ſe ebrium tali vitio laborare, quia tunc ebrietas ad caſum deſtinata cenſetur, injuriam facit.

Per ea, quæ tradit And. Geil. *lib.* 2. *obſerv. pract. obſer.* 110. *n.* 26. 27. & 28.

23 Similiter injuriam facit, qui in rixam inconsulto calore prolapsus, criminis cujusdam convicium alicui objicit.

d.l. Si non convicij 5. C. de injur. Quidam tamen ex Dd. volunt, si cum, qui per iracundiam injuriosa alicui verba dixit, postea sedato animo pœniteat facti, & revocet illud, excusationi locum esse. vide VVesenbec. *in parat. ff. de injur. nu.* 4.

24 Accidentalis injuriam faciendi modus est, quo injuria vel realis est, aut verbalis. [a] vel atrox. aut levis. [b] Divisionem autem injuriæ, quâ Labeo [c] injuriam diducit in eam, quæ corpori infertur, & eam quæ ad dignitatem, vel ad infamiam pertinet, non satis esse logicam putamus.

[a] *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Coepen. *lib.* 2. *obser.* 79. Gilhausen. *in arbor. crimin. cap.* 2. *tit.* 34. *§.* 2. Althusius *lib.* 1. *decalog. cap.* 124. *num.* 1. Berlich. *part.* 5. *conclus.* 59. *num.* 1. Hillig *in Donell. enucleat. lib.* 15. *cap.* 24. *lit. B.* [b] *l. Sed si unus* 17. *§. quædam injur. ff. d. t. & §. atroxe Inst. eod.* Ex minima injuria non competit actio injuriarum, c. *cum tu* 23. *ext. de sentent. & rejud.* [c] Referente Ulpian. *in l.* 1. *§. ommemque. ff. dict. tit.* vide Donell. *lib.* 15. *comment. cap.* 24. *p.* 446.

25 Realis injuria est, cùm quis facto quodam injuria afficitur, ut si alicui manus inferantur: [a] Eaque duplex est; aut enim in corpus infertur, aut extra corpus imponitur. [b]

[a] *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. hac tit.* [b] *l. Sed est quæstionis, 6. in princ. ibi, Quod dicimus re injuriam atrocem fieri, utrum si corpori inferatur, atrox sit, an etsi non corpori. ff. de injur. Et Paul. lib.* 5. *sententt. tit.* 4. *in princ. ibi, injuriam patimur aut in corpus, aut extra corpus.* Vide omnino Modestin. Pistor. *quæst.* 107. *& ibid.* Schultes *in addit.*

26 In corpus infertur injuria, cùm alicujus corpus contumeliosè tractatur: ut si quis vel pugno pulsetur: vel fustibus cedatur: vel verberibus: [a] aut pulsatus quidem non sit. verùm manus adversus eum levatæ, & sæpè territus quasi vapulaturus: [b] vel stuprum alicui inferatur: [c] vel de stupro interpelletur: vel quis stupri causa in aliquam irruat: [d] Item si quis fimo corrupto aliquem perfuderit: vel cæno aut luto conspurcarit, [e] aut barbam alicui expilarit. [f]

[a] *d. l.* 1. *§. ommemque. l.* 5. *in princ. vers. Lex itaque. ff. de injur.* Thesaur. *d. cas.* 224. [b] *Paul. dict. lib.* 5. *tit.* 4. *in princ. l. item apud* 15. *§.* 1. *ff. de injur. junctoque argumento §. corporis injuria. tit.* 4. *lib.* 5 *Sententt. Pauli.* Francisc. Vivius. *dec. Lucens.* 161. Farinac. *lib.* 1. *prax. criminal. quæst.* 105. *inscript.* 1. *num.* 7. *&* 8. Berlich. *dict. p.* 5. *concl.* 59. *num.* 92. [c] *Paul. dict. Tit.* 4. *in princip. & §. corporis injuria.* [d] *l.* 5. *§. penult. ff. ad l. gem Cornel. de Sicar. Paul. lib.* 5. *sententt. Tit.* 23. *§. Qualiter onem.* [e] *l.* 1. *§.* 1. *ff. de exter. cordin. criminibus.* [f] Bald. *ad Tit.* 29. *depœnis renendis, & ejus Scholiast. num.* 8. *lib.* 2. *Feud. &* ibidem etiam Alvarot. *ad §. Si aliquis aliquem num.* 53. *Si judex qui injuste aliquem torsit, &c. subaud. modum teneatur excessit injuriarum tenetur.* Coler. *d. cas.* 161. *num.* 9. *p.* 1. Rauchbar. *part.* 1. *quæst.* 40. *num.* 1. *& seqq.* Cravett. *consil.* 806. *num.* 10. Ordinat. criminal. *art.* 20. *vers.* Wa auch. Quia tamen quidam dicunt hunc judicem mortis pœna esse afficiendum. Menoch. *lib.* 2. *cas.* 340. *cent.* 4. *num.* 3. *& 4. de arbitr. jud. q. quæst.* Clarus. *lib.* 5. *sentenc. §. fin. quæst.* 64. *num* 2. Videatur Berlich. *part.* 5. *conclus.* 59. *num.* 102. *& seq.*

27 Extra corpus re alicui injuria infertur, quando quis citra corporis sui offensionem facto quodam despicitur: ut si quis injuriæ causa januam alicujus effringat, [a] si domum alterius vi intrepidet, [b] si matronæ comitem abducat, [c] si quis alicui aquas contumeliosè spurcet, fistulas, lacus, quidvè aliud contaminet, [d] si litigator arbitrum, aut judicem spernat, & ad alium

eat.

ēat, [c] si quis non debitorem, ut debitorem, injuriæ faciendæ causa appellet, [f] si quis alicujus bona, vel rem unam per injuriam occupet, [g] si pignus proscribat venditurus tanquam à me acceperit, [h] si matremfam. aut prætextatum prætextatamvé allectetur, [i] si quem claudum cæcum, aut adfurcam contumeliosè pingat, [k] si quis in contemptum alicujus lugubri, aut squalida, vel alia veste utatur, [l] vel linguam in despectionem alterius exerat, oculos distorqueat, barbam capillosvé demittat, [m] si fœmina cum quodam vituperio pingatur nuda, [n] si quis in mari prohibeatur piscari, vel everticulum ducere, vel in publico lavare, vel in cavea publica sedere, aut quo alio loco agere, sedere, conversari, vel sua re uti, [o] &c.

[c] *l. qui injuriæ 13. in princ. ff. de injur.* [f] *l. Lex Cornelia 5. in princ. l. qui in domum 28. ff. de injur. §. Sed & lex Cornelia, Inst. d. t.* [g] *l. 1. §. ult. cum eumque. l. item apud 15. §. Si quis Virginem. vers. Si quitur. & §§ seqq. ff. eod.* [h] *l. 1. §. 1. ff. de extraord. crimin. Iul. Paul. lib. 5. sentent. tit. 4.* [i] *l. litigatores 11. in princ. ff. de recept. arbitr.* [k] *l. item apud 15. §. Si quis non debitorem, ff. de injur.* [l] *d. l. item apud 15. §. Si quis bona. ff. d. tit.* [m] *d. l. item apud 15. §. item si quis pignus. ff. eodem tit. & l. 3. in gradu 23. ff. quæ in fraud. credit. & §. 1. vers. Valde enim prospectum. Inst. quibus ex causis manumit. non lic.* [n] *§. injuria aut. committitur, vers. sive quis matremfam. Inst. de injur.* [o] Iodoc. Damhouder. *in praxi rerum criminal. cap. 139.* [p] *d. l. item apud 15. §. hac autem ferè sunt, & l. fordidam 39. ff. de injur.* [q] *argumento textuum proximè citatorum*, & scribit Damhouder. *dict. cap. 139.* [r] Paris de Put. de Syndic. *pag. 373. num. 6.* Iul. Clar. *lib. 5. sentent. §. fin. quæst. 68. num. 25.* [s] *l. injuriarum actio 13. §. ultim. ff. de injur.*

Verbalis injuria est, quæ vel dicto, [a] vel scripto, [b] alicui imponitur, in judicio, vel extra judicium. [c] Quòd licèt aliqua sub conditione fiat, veluti, si hoc dicis, sive si hoc dixisti, sive si hoc fecisti, fur & scelestus es: injuriarum tamen obligatio nascitur; modò id, quod spectat proferens hæc verba, dictum aut factum sit. [d] Nisi ad defensionem injuriosa verba proferantur. [e] 28

[a] *l. Si non convicii. 5. ibi, injuriosum dixisset. C. de injur. l. aut factæ 16. in princ. ibi, aut dictæ, ut convicia. ff. de pœn.* Matth. VVesenbec. *consil. 142.* [b] *d. l. aut factæ, in princ. ibi, aut scriptæ, ut famosi libelli. ff. d. t.* VVurmbser. *lib. practic. observat. tit. 46. de injur. observ. 11. &* Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observ. 104.* Vide Me. *ad l. unic. C. de famos. libell. cap. 1.* Coëpen. *lib. 2. observ. 80.* [c] VVurmbser. *d. tit. 46. observ. 17.* Didac. Covar. *lib. 1. variar. resolut. cap. 11. num. 6. & 7.* VVesenbec. *consil. 22. num. 30.* vide Hennig. Gœden *consil. 30. num. 15. & cons. 102. num. 14. & 15.* De injuria in judicio imposita agi non potest nisi finito judicio, *l. si quidam 10. C. de injur.* Henning. Gœd. *d. locis, part. 1.* [d] Conditio enim, quæ ad præsens, vel præteritum refertur, propriè conditio non est, quippe cùm statim proferentis intentionem efficiat puram, si id sit, & ita se habeat, quod conditione continetur *l. conditio. 100. ff. de verb. oblig. l. cum ad præsens tempus 37. ff. ae reb. credit. & §. conditiones 6. Inst. d. t.* Vnde & injuria hoc modo illata, pura est & non suspensa. Zas. *ad d. l. conditio. 100. ff. d. t.* Quidam tamen propter naturam conditionum dissentiunt ut Dec. *consil. 487. num. 6. part. 4.* Et post alios, quos citat Schrader. *cons. 40. num. 34. Tomo 1.* Carter. *consil. Iureconsl. German. & tract. Feud. part. 9. cap. 4. num. 107.* Berlich. *part. 5. conclus. 59. num. 23.* Farinac. *lib. 3. prax. crim. quæst. 105. suspect. 7. num. 330. & seq.* Mynsing. *cent. 7. num. 23. Decad. 1.* [e] Gode *thes. 30.*

Dicto fit injuria, cùm voces turpes, [a] id est, contumeliosæ in aliquem pronunciantur: ut si quis te Sycophantam, id est, delatorem, [b] vel homicidam, [c] vel servum, [d] aut te honestam fœminam meretricem vocet, [e] vel 29

aliud

aliud aliquod verbum, quo tua opinio minuatur, [f] ut quòd delictum aliquod commissum, vel in genere, vel in specie denotat, [g] tibi objiciat: Idque si pluribus vocibus cum vociferatione in cœtu fiat, convicium dicitur, [h] à quo maledictum differt. [i]

[a] *l. item apud* 15. *§. qui turpibus, ff. de injur.* [b] *l.* 3. *C. eodem tit.* [c] *l. si non convicij* 5. *C. d. t.* [d] *l. qui liberos* 9. *& l. seq. C. eod.* [e] vid. Menochium. *lib.* 2. *de arbitr. jud. cent.* 4. *casu* 328. Peguem. *decis.* 15. [f] *d. l.* 3. *C. hoc tit.* [g] Bart. Alex. & Imol. *in l. si quis pepercerit.* 3. *in princ. ff. de liber. & posthum.* Ang. Aret. *ad tit. Inst. de injur. in princ. num.* 2. [h] *d. l. item apud* 15. *§. convicium. §. ex his. & §. seq. ff. de injur.* De voce convicij vide Ioh. Robert. *aurel. libr.* 2. *sentent. cap.* 8. & Donell. *d. lib.* 15. *cap.* 24. *pag.* 447. *lin.* 19. *& seqq.* Speckhan. *cent.* 2. *class.* 3. *quæst.* 12. [i] Iul. Paul. *lib.* 5. *sentent. tit.* 4. *§. maledictum, & §. seq.* & Vlpian. *in d. l. l. item apud* 15. *§. ex his apparet, ff. de injur.*

30 Verbo item, tu mentiris, infertur alicui injuria, [a] licèt quis veniam sit præfatus, aut verbum hoc protulerit cum honoris præfatione, salvo honore tuo. [b] Si quis tamen provocatus ad defensionem suæ innocentiæ, & honoris conservandi gratia retorsione utatur, & alicui objicienti falsum crimen, tu mentiris, in continenti dixerit, [c] licet adjecerit, tu mentiris, ut fur, sive tanquam scelestus, aut latro, [d] &c. non obstringitur obligationis vinculo.

[a] Per textum *in can. homines §. ult. & can. is autem* 22. *q.* 2. [b] Iason *num.* 36. Decius *num.* 36. *ad l. nemo* 3. *ff. de Iust. & jur.* Didac. Covar. *lib.* 1. *Var. resolut. cap.* 11. *nu.* 1. Iodoc. Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap.* 136. *num.* 6. *& 7.* Iohan. Corn. *libr.* 6. *Miscel. cap.* 24. *nu.* 3. *& 4.* VVurmbs. *lib. pract. obs. tit.* 46. *de injur. observ.* 4. *& 18.* Andr. Gail. *lib.* 2. *observ. pract. obs.* 100. *num.* 3. *& seqq. & observ.* 101. VVesenbec. *in parat. C. tit. Quando liceat unicuique, num.* 5. Iohan. Schneid. *ad tit. Inst. de injur. §.* 1. *num* 8. *& seq.* Iacob. Menoch. *consil.* 41. *nu.* 32. *lib.* 1. Duaren. *ad tit. de acquir. hered. cap.* 3. Ideo autem protestatio non excusat, quia semper facto repugnat *c. solicitudinem, extr. de appell. c. gratum, ext. de offic. de leg.* vide post alios dissentientem Ludovic. Carer. *in pract. criminal. mihi, pag.* 177. *nu.* 14.

[c] per textum *in l. quæ omnia* 25. *Vers. Sed si adversarius, tbi. dicat dominum mentiri. junct. Vers. hisi forte purgare magis convicium, & Vers. earum. ff. de procur.* Schrad. *cons.* 40. *tomo* 1. *consil. Variar. Iurisconsultor. Germ. nu.* 14. *& multis seqq. & in tract. de Feud. part.* 9. *cap.* 4 *nu.* 115. Dn. D. Besold. *Vol.* 2. *consil.* 28. *num.* 26. *& seqq. & in thesaur. practic. lit. Z. num.* 56. *pag. m.* 529. VVurmbser. Geil. VVesenb. Schneidewin. *dicta loca.* vide Modestin. Pistoris *part.* 3. *quæst.* 127. & tract. meum, sive comment. *in l. un. C. de famos. libell. cap.* 5. *nu.* 45. *& seqq.* Vbi ostendi, quando in continenti dicatur fieri injuria. Est & illud hic notandum, quod dixi, falsum crimen. Nam si verum tibi objicienti crimen, respondeas, tu mentiris, injuriarum actione eleneris, ut communis est Dd. sententia; eaque in praxi observatur, ut autoritatibus probat Boer. *consil.* 4. *num.* 28. Capicius *decis.* 38. *num.* 2. Vandus *Var. quæstion. lib.* 2. *quæst.* 29. Arumæus *exercitat.* 17. *thes.* 17. Fachinæus *lib.* 9. *controv. jur. cap.* 12. [d] Mynsinger. *cent.* 5. *observ.* 17. *num.* 3. Et Schrad. *d. consil.* 40. *num.* 34. *& aliquot seqq. & tractat. feudal. part.* 9. *cap.* 4. *nu.* 119.

31 Quòd si verò ei, qui te homicidam, aut latronem, aut furem vocat, responderis simpliciter, tu adulter, tu prædo, vel similiter, tu homicida es, non excusaris: sed ut ipse tibi, ita tu vicissim illi obligaris, quamvis tu provocatus mitiùs puniendus sis.

[a] Sententia abi. *alternatim convicia inferendo, ext. de jurejur.* Specul. *Tit. de accusatore, nu.* 11. VVurmbser *lib. pract. observ. Tit.* 47. *de injur. observ.* 4. *&* 15. And. Gail. *lib.* 2. *observ.* 100. *n.* 10.

Iohan.

Iohan. Schneid. *ad §. 1. n. 12. Inst. de injur. nu. 5.* Schrad. *d. conf. 40. n. 8. & tract. feud. dist. part. 9. cap. 4. nu. 124.* Berlich. *part. 5. concluſ. 64. nu. 31.* Boër. *conſil. 4. nu. 28.* Tiraquell. *de pœnis temperand. cauſa 1. n. 12.* Modeſtin. Piſtoris *dict. quæſt. 127. n. 47. & ſeq. part. 3.* Iulius Clarus *lib. 5. ſententi. §. fin. quæſt. 60. num. 18.*

Verbo autem medio, ſive indifferente, non præſumitur inferri injuria, 32
ut ſi dixeris alicui, Tu DICIS FALSUM.

Per dict. *Can. Homines, §. ult. & Can. Is autem 22. q. 2. & facit, l. Interpretatione. 42. ff. de pœnis.* Et tradit Iaſ. *ad l. turpia. 54. in princ. n. ult. ff. de leg. 1.* Et poſt alios Ioh. Schneid. *ad §. Injuria, nu. 10. Inſt. de injur.* Bartol. *conſil. 108.* Farinac. *part. 5. concluſ. 59. num. 64. & ſeq.* Berlich. *part. 5. concluſ. 59. nu. 64. & ſeq.* Bertazol. *conſ. 88. n. 4. & conſ. 152. nu. 11. lib. 1.*

Qui item dicit cuipiam: Te ſum nobilior, ſive, honeſtior ſum quàm tu, 33
vel probior te ſum, nullam ei imponit injuriam.

Bart. *conſil. 5. nu. 2. ſub rom 1. conſil. criminal.* Iohan. Baptiſt. de Plotis, *conſ. 131. n. 2. ſub eod. rom. 1. conſ. crim.* Ratio eſt, quòd qui hæc in aliquem profert verba, fatetur eum eſſe nobilem, honeſtum & probum: quippe cùm comparativum nomen præſupponat ſemper ſuum poſitivum. *per l. ubi autem non apparet 75. §. usq; adeo, ibi, cùm id, quod bono melius ſit, ipſum quoq; bonum ſit,* ubi Raph. & Iaſon *ff. de Verb. oblig. ſt.*

Scripto fit injuria, cùm quis ſcripturâ aliquâ dolosè deſpicitur: puta li- 34
bello famoſo, aut alia quadam ſcriptura.

l. Lex Cornelia. §. §. Si quis, & l. ſeq. ff. de injur. l. un. C. de famoſ. libell.

Famoſus libellus eſt, qui ad infamiam alicujus pertinet: ut quo grave ali- 35
quod delictum objicitur, ſive autoris nomen adſcriptum ſit, vel non: ſive item adjectum fuerit infamati nomen, vel non ſit adjectum, ſed omiſſum.

d. l. §. Si quis librum, & l. ſeq. l. Item apud 15. §. Si quis librum, ff. de injur. Et ibidem VVeſenbec. *in paratit. num. ult.* Idem VVeſenbec. *conſil. 22. nn. 3. part. 1.* Mynſing. *Reſp. 39. num. 44.* Henning. Goeden. *Conſil. 107. num. 29.* Damhouder. *in praxi rer. crimin. cap. 125.* Vide commentar. meum *in l. un. C. de famoſ. libel. cap. 1. n. 8. & cap. 2. num. 6.* vide Henric. Nebel. kre. *deciſ. 16. Verſ. contrà Verò. &c.*

Alia injurioſa ſcriptura, non famoſus libellus eſt, quâ aliquis absque in- 36
famiæ nota dolosè deſpicitur: ut ſi quis luſcus, ſpurius, claudus, aliove contumelioſo nomine ludibrij cauſa, in ſcripta cantilena, rythmo, comœdia, &c. appelletur, & traducatur.

Iodoc. Damhoud. *Pract. cap. 125.* Et VVeſemb. *dictis locis.* Paul. Chriſtinæ. *Vol. 4. deciſ. Belgic. 202. n. 6. & 17.* Vide Me *in tract. de famoſ. libell. cap. 1. num. 8.*

Sequitur de atroci & levi injuria. Atrox injuria, quæ & gravis injuria di- 37
citur, æſtimatur, vel perſonâ, vel tempore, vel facto ſive reipſa, vel loco, vel magnitudine læſionis.

l. Prætor edixit 7. §. atrocem injuriam, & l. ſed ſi unus 17. §. quædam injuriæ, ibi, Enimverò à ſervis graves ſunt: creſcit enim contumelia ex perſonâ ejus, qua contumeliam fecit, ff. de injur. & §. atrox. Inſt. eod. tit. Vran. *conſil. criminal. 2. & conſ. 12. & conſil. 14.* Cœpen. *lib. 2. obſerv. 80.* Gilhauſen. *in arbor. criminal. tit. 33. §. 2. n. 7. cap. 2.*

Perſonâ fit atrocior injuria, cùm magiſtratus à ſubdito, parens à filio, pa- 38
tronus a liberto, [a] frater à fratre, hoſpes ab hoſpite, [b] homo in dignitate conſtitutus ab humili perſona, [c] homo liber à ſervo, [d] præceptor à diſcipulo, [e] injuria afficitur.

[a] *l. Prætor edixit. 7. §. ult. ff. de injur. §. atrox. Verſ. Vel ex perſona, Inſt. d. tit.* De injuria magiſtratui illata vide quoque Menoch. *de arb. judic. lib. 2. cent. 3. caſu 263. nu. 5. & ſeq.* Matth.

VVesenbec. *consil.* 126. Berlich. *tom.* 5. *concl.* 66. VVittum. *consil. criminal.* 3. *fol.* 343. Sed an judex injuriam sibi illatam ipse vindicare possit vide Gail. *lib.* 1. *obs.* 39. Mezger. *cons.* 3. *num.* 7. Et quanto tempore huic injuriæ præscribatur vide Berlich. *decis. aur.* 86. De injuria patri per filium illata, Molin. *ad consuet. Paris. tit.* 1. § 30. *n.* 137. [b] Post alios VVurmbs. *lib. pract. obs. Tit.* 47. *de injur. obs.* 9. Alciat. *de præsumt. Reg.* 1. *pr. præsump.* 25. *num.* 7. ubi Ioh. Nicol. Arela in addit. ostendit hoc examiendum esse, de fratribus sui juris, & separatum focum habentibus. [c] *d. §. atrox. Verf. Vel expersona, ibi, Vel si senator ab humili persona, Instit. de injur. Iul. Paul. lib.* 5. *sentent. Tit.* 4. *§. atrox injuria, ibi, persona. quotiens senatori, Vel equiti Romano, Decurioni, Vel aliàs spectatæ authoritatis viro.* Unde si Doctor ab aliquo infimæ sortis homine injuria afficiatur, atrox est injuria, Gravet. *cons.* 168. *num.* 10. *lib.* 1. Guido Pap. *quæst.* 88. Bolognet. *nu.* 70. *ad Auth. Habita, C. ne filius pro patre.* Et Schrad. *d. consil.* 40. *n.* 79. [d] *d. l. Sed si unius* 17. *§. quædam injuriæ, ff. d. t.* Menoch. *dict. casu* 263. *num.* 14. *& seqq.* Gilhaus. *dict. §.* 2. *num.* 8. *& seqq.*

39 Tempore fit atrocior injuria, si interdiu conspiciente populo, vel in convivio, vel die festo injuria alicui imponatur. [a] Item si alicui, cum est in sacerdotio, & dignitatis habitum præfert, injuria ingeratur. [b]

[a] *d. l. Prætor edixit* 7. *§. ult. Verf. tempore, ff. de injur. Iul. Paul. dict. lib.* 5. *Tit.* 4. *§. atrox.* ubi Cujac. [b] *l.* 4. *C. de injur.*

40 Facto sive reipsa æstimatur atrox injuria, si quis ab aliquo vulneratus, fustibus cæsus, os alicui percussum sit.

d. §. atrox. Inst. de injur. d. l. Prætor ait 7. *§. ult. ff. eod. tit.*

41 Loco fit atrox injuria, veluti oculo percusso: Item si in theatro, in foro, vel in conspectu Prætoris injuriam quis patiatur.

d. l. Prætor 7. *§. ultima ff. de injur. d. §. atrox. Verf. Vel ex loco, Inst. eod. tit.* Iul. Paul. *lib.* 5. *sentent. Tit.* 4. *§. atrox injuria*, Menoch. *d. lib.* 2. *de arbit. Iudic. cent.* 3. *casu* 263. *num.* 23. *& seqq.*

42 Magnitudine læsionis corporis, vel famæ atrox æstimatur injuria, si vulnus injuriosè illatum magnum, & periculosum sit: [a] Item si famoso libello bona alicujus fama læsa sit. [b]

[a] *l. Vulneris* 8. *ff. de injur.* Schultes *in addit. in decis. Modestin. Pistor. quæst.* 107. [b] Menoch. *dict. casu* 263. *nu.* 34. *& seqq.*

43 Ex prædictis cognoscitur, quæ sit levis injuria. Quæ enim non est atrox injuria, eam levem esse credimus. [a] Id quod tamen judex suo arbitrio æstimabit & definiet. [b]

[a] *arg. §. Videamus itaque, Inst. de his qui sui vel alien. jur. sunt. & §. Videamus. Instit. de tutel.* [b] Menoch. *d. casu* 263. *nu.* 2. *& seq.* Speckhan. *cent.* 3. *cl. 3. quæst.* 9. *& seq.*

44 Hactenus de injuriæ impositione, transeundum nunc ad impositæ injuriæ vindicationem, quæ est, quâ injuriam nobis impositam propulsamus & contra eam nos defendimus. Eaq; vel privata est, & vulgò retorsio dicitur: vel est judicialis.

45 Privata injuriæ vindicatio est, cum quis propria authoritate, absque judice, injuriam sibi illatam confestim propulsat, & in eum, à quo accepit injuriam, regerit eam; sive injuria sit realis, veluti si manus adversus aliquem levatæ sint: [a] aut stuprator libidinis explendæ causa in fœminam quandam irruat: [b] vel sit verbalis injuria. Nam ut illam incontinenti, etiam armis

armis propulsare licet: [c] ita & hanc incontinenti regerere, jure est permissum, [d] his verbis: Tu mentiris. [e] vel id mentiris, ut scelestus & fur. [f] vel hoc nostrate sermone: Solches redestu nicht wie ein warhafftter Biderman / sondern als ein wissentlicher verlogner Ehrenschender. Sed cautio hîc erit, ne quid nimis, ac dispiciendum quo cum adversario agas: studiosam item protestationem quis adhibeat, quòd isthæc ad legitimam honoris sui defensionem verba pro loquatur.

[a] De qua injuria rectus *in l. item apud* 15. *§.* 1. *ff. de injur.* [b] *l.* 1. *§. pen. ff. ad Leg. Cornel. de Sicar. Paul. lib.* 5. *Sentent. tit.* 23. *§. qui latronem*, ubi Cujac. Hac vindicatione quædam alicubi ancilla, sive ministra fuit usa, quando adolescenti cuidam, qui ei vitium adferre per vim laborabat, virilia præcidit. Huic sententiæ subscribit. Dn. D. Besold. *in comment. ad. l.* 3 *ff. de just. & jur. tit.* 1. *lib.* 1. *ff. quæst.* rr. Arum. *diss.* 1. *ff. quæst.* 4. [c] *l.* 3. *in princ. ff. de just. & jure, l.* 3. *§. cum igitur, l. qui possessionem* 17. *ff. de vi & vi armat. l. Sed & patres* 12. *& §.* 1. *ibi, mox ego, &* ibi Cujac. *ff. quod metus causa, d. l.* 1. *§. pen. ff. ad l. Cornel. de Sicar.* And. Geil. *lib.* 1. *de pace public. cap.* 16. *num.* 12. Ludovic. Carer. *in pract. criminal. pag.* 177. *num.* 18. Et de hac injuriæ realis propulsatione, vide meum tractatum *de bello & duello lib.* 2. *cap.* 9. Arum æum. *lib.* 2. *discus.* 13. [d] *d. l.* 3. *ibi atque injuriam propulsimus, ff. de justit. & jur. l. qui cum* 14. *§. si libertus, ibi. Idem puto, etsi ab co petitus, retorsit in eum crimina.* Ignoscendum enim est ei, si voluit se ulcisci provocatus, *ff. de bon. libert.* [e] *l. quæ omnia* 25. ubi Bart. & alij. *ff. de procurat.* Specul. *Tit. de advoc. num.* 3 Iason *add. l.* 3. *nu.*36. *ff. de justit & jur. &* ibidem etiam Dec. *nu.*36. Felin. *ad c. Dilecti filij, num.* 10. *extr. de except.* Damhouder. *in praxi rer. crim. cap.* 136. *nu.* 6. Coras. *lib.* 6. *Miscel. cap.* 24. *nu.* 6. VVurmbser. *lib. pract. observ. tit.* 46. *observ.* 4. & 18. Geil. *lib.* 2. *observ.* 100. *nu.*3. *& seq.* Menoch. *cons.* 107. *n.*42 Ioh. Schneid. *ad §.* 1. *num.*8. *& seq. Instit. de injur.* VVelemb. *in praxist. Quando liceat injuriam, nu.*5. Vid. Græveum *concluss.* 160. *lib.* 2. [f] Mynsing. *cent.* 5. *observ.* 17. *nu.*3. & Schrader. *consil.* 40. *nu.*34. *& aliquot seqq. Tomo* 1. *Variar. consultor. Iurisconsul. Germaniæ.* Sed vide Ernest. Cothman *resp.* 4. *lib* 3. *num.* 5. *& passim.* Sed ut thesis habet, verbalis etiam injuria incontinenti retorqueri debet. Menoch. *dict. consil.* 107. *nu.*42. Geil. *d. observ.* 101. *nu.*3. Petrus Calefatus. *nu.* 9. 11. *&* 12. *consilij sui, quod est* 56. *Tomo* 2. *consiliar. operæ Iohan. Bapristæ Zilereedatorum.* Non enim honoris tuitio est: sed mera ultio, quæ fit ex intervallo, vide adscripta ad *thesin* 30. Est & illud hîc notandum, quòd contra replicare non licet. Paul. Cast. & Alex. *ad l. ult. ff. quod quisque jur.* Felin. *ad c. Dilecti filij, num.* 10. *in fin. extr. de except.* Ias. *nu.* 37. *&* Dec. *n.*36. *ad d. l.* 3 *ff. de just. & jur.* Idem tamen Decius *d. loco tradit*, quòd licita sit replicatio ei, qui verum obiecit crimen. Sed vide præjudicia Cameralia *in verbi Injuria.*

Et quia contra verbalem etiam injuriam incontinenti legitima illa relatio fieri debet, necesse erit ei, quem quis absens injuria afficit, quam primùm id certò resciverit, impositam injuriam retorquere: Id quod ex usu fieri potest, vel coram Notario & testæ: qui Notarius de regestionis illius actu libellum conficere, eumque convitiatori intimare jubetur: vel potest qui passus est injuriam, sua propria, alienave manu retorsionis libellum conficere, eumq; per Notarium, vel duos testes alios obtrectatori exhibere. Et benè sibi in futurum consulere qui volunt, rectè fecerint, si factam à se legitimam illam retorsionem, per Notarium in instrumentum publicum redigi curaverint, idque sibi studiosè asseruarint. 46

Berlich. *part.* 5. *concluss* 64. *num.*34.

Iudicialis injuriarum vindicatio est, quæ fit instituta injuriarum actione; quâ tenetur non solùm is, qui per se injuriam directò fecit, sed & ille qui 47

dolo fecit, vel curavit, ut alicui injuria fieret.[a] Filio tamen emancipato adversus patrem; & liberto contra patronum non tribuitur injuriarum actio, nisi atrocitas injuriæ suaserit.[b]

[a] *l. non solum* 11. *in princ.* ubi Bart. *& §. Si mandatum, & §§ seqq. ff. de injur.* [b] *l. Prator. 7. §. praterea, d. l. non solum* 11. *§. quanquam. ff. d. t. l. cùm nec. 6. C. eod. tit. l. Hi tamen* 11. *§. 1. ff. de accusat.* Sed an qui condictione furtivâ rem petijt ab hærede, tanquam à defuncto subtractam, & in processu & probatione succumbat actione injuriarum conveniri possit, quæritur Modestin. Pistor. *quæst.* 35. *qui omnino videndus.*

48 Spectantur autem circa injuriarum actionem, tùm modus instituendi hanc actionem: tùm ratio eam probandi, & excipiendi contra illam: tùm etiam condemnatio rei convicti, & absolutio ejusdem non convicti.

Matth. VVesenbec. *consil.* 161. Gilhausen *in arbor. criminal. cap. 2. tit.* 33. *§.* 7.

49 Instituitur autem injuriarum actio, vel civiliter: vel criminaliter.

§. In summa, Instit. de injur. l. 6. *l.* 7. *§. posse hodie, & l. constitutionibus* 37. *§.* 1. *ff. eodem tit.*

50 Civiliter injuriarum actio institui dicitur, cùm actor certam injuriæ pœnam à se expressam, & sibi præstandam persequitur.

Marant. *in Specul. part.* 4. *in* 1. *judicior. distinct. nn.* 5. & 10. Decis. *Capell. Tholosan. quæst.* 145. *nu.* 3. Duar. *lib.* 1. *disput. cap.* 35.

51 Atque hæc actio ex una injuria quandoque duobus, quandoque etiam tribus competit. Nam filiofam. injuria impositâ, & patri & ipsi filiofam. tribuitur hæc actio: utraque tamen à patre exercenda: [a] Et sponsæ factâ injuriâ, datur injuriarum actio sponso & ipsi sponsæ.[b] Item uxore injurijs onerata, marito & uxori actio injuriarum conceditur.[c] Quòd si uxor filiafamil. injuriam passa sit, & ipsi uxori, & ejus marito, item patri illius hæc datur actio.[d]

[a] *l. pater cujus filio* 41. *ff. de injur. l.* 2. *C. eod. tit.* [b] *l. Item apud* 15. *§. sponsum, junctâ, l.* 1. *§. ult. ff. de injur.* [c] *l. Eum qui* 18. *§. Si nupta. ff. d. t. & d. l.* 2. *C. eod. tit.* Speckhan. *cent.* 2. *class.* 3. *qu. æst.* 1. [d] *d. l.* 1. *§. ult. ff. h. t. & §. patitur a. quæ, Inst. eod. tit.* Cœpen. 2. *observat.* 81. Gilhausen. *in arb. criminal. dict. cap.* 2. *tit.* 33. *§.* 5. *per tot.*

52 Quòd si pater, non relicto procuratore domi, absens fuerit aut furiosus vel demens, aut nolit hanc movere actionem, ejus autem persona vilis sit, filij honesta: ipsemet filius de injuria sibi illata, causa cognita agere potest.[b] Qui si egerit, ejus nomine pater postea experiri non potest,[c] sed suo tantùm si velit nomine.[d]

[a] *l. Sed si unius* 17. *§. ait Prator.* 10. *& §. seq. & §. procuratorem patris, & §. seq. & §. quod deinde. ff. de injur.* [b] *d. l.* 17. *§. Interdum tamen, & §. quod autem ait. ff. eod. tit.* [c] *d. l. Sed si unius* 17. *§. si filius fam. l.* 21. *ff. d. tit.* [d] *l. pater* 41. *ff. h. t. & l.* 2. *C. eod. tit.*

53 Si filiusfam. alicui injuriam imposuerit, adversus patrem ejus hæc competit actio: qui si nolit filium defendere, ipsemet filius convenitur.[a] Similiter à servo, qui accepit injuriam, contra dominum noxalis injuriarum judicium movere potest, ut is, vel noxæ servum dedat, vel litis æstimationem sufferat.[b]

[a] *l. si filij* 36. *ff. h. t.* [b] *l. Sed si unius* 17. *§. cum servus. ff. eod. tit.*

54 Proponi autem hæc potest actio, etiam per procuratorem, tutorem, cæteros-

terosq; qui pro aliis solent intervenire: [a] Item procurator rei nomine eam excipere potest. [b]

[a] *l. non solùm* 11. *§. agere quis, ff. de injur. & l. licet.* 42. *§. Sed actionem, ff. de procurat.* [b] *l. Si filij* 36. *de injur.*

Porrò civiliter institui injuriarum actio potest duobus modis: uno, quo actor injuriam sibi illatam, ad certam pecuniæ summam æstimat, eamque sibi adjudicari petit: [a] altero modo, quo actor ad palinodiam, sive recantationem agit: Auff einen Widerruff. [b] Illam æstimatoriam, hanc recantatoriam vocant. 55

[a] *§. In summa, Verſ. Et ſiquidem civiliter, & §. pœna, Verſ. ſed poſtea Prætores, Inſtit. de injur.* Maran. *in Spec. part.* 4. *in* 1. *jud. diſtinct. nu.* 5. *&* 6. Hartm. Hartmanni ab Eppingen *lib. pract. obſer. Tit.* 49. *de injur. obſer.* 1. Dn. Mundius in prælegenti *tract. de diffamat. cap.* 2. *§.* 1. *nu.* 5. Althuſ. *in dicæolog. lib.* 1. *cap.* 124. *nu.* 35. Gail. *lib.* 2. *obſer.* 102 *nu.* 10. [b] vide Excellentiſſ. Dn. Beſold. *in theſaur. pract. lit. W. nu.* 43. adde Berlich. *tom.* 5. *concl.* 62. Hæc actio non modò uſu recepta, ſed & Imperatoria Conſtitutione comprobata eſt, Jn Keyſerlicher Cammergerichts Ordnung. *part.* 2. *Tit.* 28. *§.* vnd ſonderlich. Ex quâ ordinatione, & illud apparet, quòd & hæc injuriarum actio civilis ſit, non criminalis. Idq; tradunt etiam Wurmbſer. *in pract. obſer. Tit.* 46. *de injur. obſer.* 8. *&* 16. Cœpen. *lib.* 2. *obſer.* 84. Hartm. Hartmanni ab Eppingen, *lib. pract. obſer. Tit.* 49. *obſer.* 3. Mynſing. *cent.* 2. *obſer.* 98. Weſenb. *conſ.* 22. *n.* 18. And. Geil. *lib.* 1. *obſer.* 9. *pract. obſer.* 65 Blaret. *in comment. ad l. diffamari, in pr. nn.* 4. *C. de ingen. manumiſſ.* Ioach. à Beuſt. *ad l. Nam poſtea quam, §. Si damnetur, nu.* 13. *& ſeqq. ff. de jurejur. pag.* 178. Parlador. *ver. quotid. cap.* 27. Formulam habes apud Peguer. *deciſ.* 77. *in fin.* Diſſentit Maran. *in Specul. part.* 4. *in* 1. *jud. diſtin. nu.* 10.

Quæ duæ actiones in eodem libello conjungi, & simul moveri possunt: [a] ut & legis Aquiliæ actio cum æstimatoria injuriarum actione, si injuria realis fuerit, & ex ea etiam damnum actor passus sit. [b] 56

[a] Mynſin. *cent.* 2. *obſ.* 98. Geil. *lib.* 1. *obſer.* 65. Wurinbſ. *lib. pract. obſ. Tit.* 47. *obſer.* 8. *in fin.* Diſſentit. Marant. *in d. part.* 4. *in* 1. *ſud. diſt. nu.* 12. Cœpen. *lib.* 2. *dict. obſer.* 84. [b] *l. Dominum.* 8. *C. de injur. & l. qui ſervum* 34. *in pr. ff. de oblig. & act.* Myſſ. *cent.* 1. *obſer.* 25. *&* Geil. *lib.* 1. *obſer.* 63. vide Berlich. *tom.* 5. *concluſ.* 62. *num.* 13.

Æstimatoria injuriarum actio, vel civilis est, vel Prætoria. Civilis est, quæ ex lege Cornelia competit ei, qui injuriosè pulsatus, aut verberatus, aut cujus domus vi introita est: [a] cujusmodi actio patri ex injuria filiofam. imposita, non datur. [b] Datur tamen etiam illi, qui quidem non pulsatus, sed adversus quem manus tantùm levatæ sunt, quasi vapulaturus; sed utilis non directa. [c] Prætoria injuriarum actio est, quæ ex edicto Prætoris de omni competit injuria, etiam ea, quæ lege Cornelia coërcetur. [d] 57

[a] *l. 5. in prin. & §. illud quæritur, l. conſtitutionib.* 37. *§.* 1. *ff. de injur. & §. ſed & lex Cornelia, Inſt. eod. tit.* Theſaur. *deciſ.* 18. *nn.* 8. Dn. D. Beſold. *part.* 2. *delibat. ex lib.* 47. *ff. quæſt.* 17. Marq. Freher. *de exiſtim. lib.* 2. *cap.* 9. *nu.* 4. [b] *d. l.* 5. *§. illud quæritur, ff. d. t.* [c] *l. Item apud* 15. *§.* 1. *ff. h. t.* [d] *d. l.* 5. *§. illud quæritur, ff. d. t. & §. pœna autem Verſ. ſed poſtea Prætores, & Verſ. ſeq. Inſt. eod. tit. l.* 4. *in fin. ff. ad leg. Iul. de Vi priv.*

Sed dubia est quæstio, cedi possit injuriarum actio æstimatoria, nécne? Affirmata autem opinio & verior, [a] & receptior est. [b] 58

[a] Tum quia omni obligatione & actione quis cedere alicui potest, *l.* 4. *ff. de heredit. vel act. Vend. l.* 3. *& l. ult. C. d. t.* Neque usquam ex cessionis jure hæc eximitur actio: Tùm quia hæc cui competit actio, ad eam proponendam constituere procuratorem potest, *d. l. non ſolùm* 11. *§.*

agere quis, ff. de injur. [b] probat eam gl. ad l. injuriarum 28. in Verb. In bonis nostris, & ibidem etiam Bart. ff. de injur. Item gl. ad d. l. ult. C. de hered. vel act. vend. & ad l. 4. ff. d. t. Ioh. And. ad Specul. lib. 2. de cessione actionis, §. 1. n. 28. sub lit. b. Pet. Iacob Aurel. in pract. aurea libellor. Rub. 158. n. 23. & alii quos citat Tiraq. de Retract. lign. 19. §. 26. gl. 1. nu. 50. adde Berlich. tom. 5. conclus. 65. dissentit Dn. D. Besold. in disp. de injur. 2. cap. 6. con. 1. 16.

59 Criminaliter injuriarum actio moveri dicitur, cùm quis omissa injuriarum æstimatoria actione, per inscriptionem coram Iudice, de illata injuria conqueritur, & injuriantem propter impositam injuriam puniri, non autem sibi quicquam præstari petit.

l. ult. ff. de priv. delict. l. 3. ff. de accusat. l. Si quis 8. C. d. tit. Marant. dist. part. 4. in 1. Iudic. distinct. nu. 9. facit gl. & Bart. ad l. 3. ff. de sepulchro violato.

60 Hanc actionem viri quidem illustres, quique super eos sunt, etiam per procuratores persequi, aut suscipere possunt: [a] Reliqui non possunt; [b] liquidem pœna supra relegationem decerni ob injuriam queat: [c] quo casu procuratoris constitutioni locus non est. [d]

[a] l. ult. C. de injur. §. In summa. Vers. sin autem Instit. eod. tit. Imò magnificentissimi Illustres per procuratores tantùm hanc suscipere possunt, Novell. 71. cap. 7. [b] l. pen. §. ult. ff. de publ. judic. l. 1. ff. an per alium caus. appellat. recid. poss. l. ult. in princ. C. ubi Senat. vel clariss. l. Tunc conveniri 15. C. de accus. c. Veniens, extr. de accus. [c] l. qui injuriarum 43. & l. ult. ff. de injur. [d] l. 1. ff. an per alium caus. appell. recid. poss. l. 5. ff. de pœnis.

61 Est autem duplex hæc criminaliter instituta actio; alia est extraordinaria [a] alia accusatio publica: [b]

[a] l. ult. ff. de injur. & d. l. ult. ff. de priv. delict. [b] l. 5. l. Constitutionib. 37. §. 1. ff. de injur. l. hoc accusare 12. §. ult. ff. de accus. l. uni. C. de famos. libell. l. Si quis in hoc. 10. C. de Episc. de Cler.

62 Extraordinaria injuriarũ accusatio est, quâ is, cujus privatim interest nõ fuisse sibi factam injuriam, à Iudice competente petit, ut pronunciet, & sua sententia declaret, puniendum esse Reum, eumq; pro suo arbitrio coerceat.

d. l. ult. ff. de injur. l. ult. ff. de priv. delict. §. In summa, Vers. sin autem criminaliter, Instit. de injur. Decision Capellæ Tholos. an. quæst. 145. num. 3. in fin.

63 Publica injuriarum accusatio est, quâ quilibet de populo [a] de injuria, quæ lege aliqua publici judicii [b] vindicari jussa est, in judicio conqueritur, atq; Reum pœna juris [c] puniri petit. Cujusmodi injuria est, si quis pulsatus, verberatus, domúsve alicujus vi introita sit. [d] Vel famosus libellus, aut famosa pictura, dolo malo ab ejus autore, vel quo alio, non adjecto nomine infamantis, evulgata sit: [e] vel sacerdoti, aut ejus ministro, dum sacra facerent, injuria sit facta. [f]

[a] l. quòd Senatus consulto 6. ff. de injur. §. 1. Inst. de public. judic. l. pal. am. 4. §. Senatus, ff. de vir. mun. [b] l. 1. ff. de publ. judic. [c] l. ordo 8. ff. d. t. [d] l. Hos accusare 12. Instit. ubi Bart. in pr. ff. de accusat. junct. l. 5. in vers. & l. constitutionib. 37. §. 1. ff. de injur. junct. l. 2. §. Sciendum deinde, 22. Vers. Deinde Cornelius, ff. de orig. jur. Cujac. in commentar. ad lib. 55. Paul. ad Edict. p. 1178. Dissentit alior. secutus Harpprecht. ad §. 7. & 8. nu. 11. Inst. de injur. Vid. l. 5. §. Si quis libr. & §. seq. Item l. seq. ff. de injur. d. ob carmen 21. prin. ff. de relig. l. uni. C. de famos. libell. Jul. Clar. lib. 5. sent. §. ult. nu. 25. Ioach. à Beust. ad d. l. Nam posse aquam, §. Si damnum, nu. 12. ff. de jure jur. pag. 177. & seq. [e] l. Si quis in hoc 10. C. de Episc. & Cler.

64 Si tamen actum ut criminali judicio, denegandum est civile æstimatorium similiter ex diverso

d. l. quod. 6. in fin. ff. de injur. Facit l. interdum 59. §. 1. ff. de furtis. Vtrumque enim vindictæ

vindictæ persecutionem habet, *l. 2. §. emancipatus, ff. de collat. bono. l. Prætor. 7. §. 1. ff. de injur.*

Quòd attinet libellum actionis injuriarum, actor cum discrimine exi- 65
stimationis adversarii, nō potest vagari, sed designare, & certum dicere debet, quam scilicet injuriam passus sit. [a] Locum item & tempus, putà annum & mensem, quo injuria facta est, exprimere in libello tenetur. [b] & cùm eodē tempore diversæ injuriæ in aliquem jactæ sunt, tunc eas actor omnes conjungere debetur. [c] Et si æstimatoria agatur actione, actor injuriam ad certam pecuniæ summam æstimare debet. [d]

[a] *l. Prætor. 7. in prin. & §. Præterea, & § seq. ff. de injur. Idem exigit l. 6. ff. de dolo malo, c. 2. in fin. ibi. Simile specificatione criminum, Tit. de restit. in 6. l. libellorum 3. ff. de accusat.* Petr. Iac Aurel. *in pract. aurea libell. Rubr. 57. nu. 10.* Berlich. *tom. 3. concl. 65. nu. 24.* Farinac. *in prax. criminal. part. 3. q. 118. nu. 380.* Schmid. *cons. 61. n. 17 & seq.* [b] *arg. d. l. 3. in pr. Ser. Iurisq. cum ff. de accusat. & c. Tua 5. Ser. & 10. vt. de procurat.* Bart. *ad d. l. Prætor 7 in prin. ff. de injur.* Clar. *lib. 5. sententiæ §. Iniuria n. 5.* Gail. *lib. 1. obs. 64. Vbi nu. 8. & subj. it*, quod omissio temporis & loci libellum non vitiet, si hic defectus à parte non opponatur, *per l. ult. C. de annal. except.* vide Zanger. *de except. lib. 2. cap. 14. n. 57.* Obrecht. *d. libell. cap. 11. nu. 48.* Vmmius *de proceff. diff. 6. n. 51.* Libellus injuriarum reconventionalis an sit admittendus, vide Vranium *de injur. tom. 3. cons. 13.* [c] *l. Prætor 7. §. Si mihi plures, ff. de injur.* Tusch. *pract. conclus. lit. I. concl. 320.* Berlich. *d. conclus. 65. nu. 6.* Marq. Freher. *de existimat. lib. 3. cap. 8. nu. 3.* [d] Keyserlich Cammergerichts Ordnung/ *part. 2. Tit. 27. §.* vnd sonderlich/ *ibi*, auch andere so auff Gelt, durch den Kläger in seiner Klag æstimirt werden. Iul. Clar. *lib. 5. sententiæ §. Injuria. nu. 6.*

Sequitur de ratione probandi injuriarum actionem. Duo autem proba- 66
re actor tenetur; prius est, in se contumeliosa, vel injuriosa verba prolata esse, vel factum ejusmodi in se gestum ab adversario: posterius est, quod animo sive affectu injuriandi, adversarius iis verbis usus sit, aut factum tale gesserit.

Id patet maximè ex his, quæ supra de injuriæ modo formali dicta sunt, & tradit Iosephr. Mascard. *de probat. Vol. 2. conclus. 902. num. 4.* Thoming. *Vol. 1. consil. 46.*

Prius autem, cùm in facto consistat si neget reus, testibus [a] probandum 67
erit, aut Scriptura [b] obtrectatoris; posterius verò, ex verborū inprimis, aut facti qualitate colligitur: quippe cùm verba & facta per se iniurriosa animum & affectum arguant facientis iniuriam, ut quæ notæ sunt passionum, quæ in animo fiunt. [c] Et lingua cordis & mentis interpres sit. [d] considerandа item hîc erit persona, quæ contumeliâ quem affecit: siquidem non omnis persona iniuriam facere dicatur. [e]

[a] Mascard. *de probat. Vol. 2. conclus. 902. nu. 1.* [b] Mascard. *d. conclus. 902. nu. 2.* [c] *arg. l. si quis extraneus 21. in prin ff. de acquir. vel. amit. hered. l. Labeo 7. §. Servus, Serv. Id Tubero. & Serv. seq. ff. de supel. leg. at. & l. retrahendendis 5. C. de instit. & substitut.* Nicol. Boer. *consil. 3. num. 3.* Mynsing. *respons 51. nu. 11. & respons. 60. nu. ult. cent. med. Decad. 6. & Resp. 74. nu. 8. Decad. 8.* Wesemb. *cons. 22. nu. 29. part. 1.* [d] Eras. Rot. *in libello de lingua. pag. 23.* [e] ut ostensum est *supra Th. 18. & 19.* Et docet Mascard. *d. conclus. 902. nu. 8. & seqq.*

Quòd attinet exceptiones rei conventi, contra propositam actionem 68
iniuriarum obiici quæ possunt, eæ sunt, vel litis finitæ, ut quæ petuntur à modis, quibus actio injuriarum extinguitur: vel sunt aliusmodi.

Extinguitur autem & tollitur injuriarum actio variis modis: Et primò 69
quidem morte, vel ejus, qui passus est injuriam, vel illius, qui fecit injuriam:

riam: quippe cùm neque heredi, neq; in heredem detur; [a] nisi lis cum ipso Reo contestata sit. [b] Criminalis tamen injuriarum actio morte Rei omninò tollitur, etiam post litem contestatam. [c]

[a] *l. Injuriarum* 13. *in princ. ff. de injur. l. Si enim* 10. *§. qui injuriarum. ff. si quis caut. §. Non autem, Inst. de perpet. & temp. act. l. pupillum.* 111. *§. in heredem, ff. de reg. jur.* Bart. tamen *ad l. ult. nu.* 8. *ff. de priv. delict. & ad l. lex Cornelia* 5. *in prin. ff. de injur.* scribit, quòd criminalis injuriarum actio competat etiam heredi ejus, qui affectus est injuria: quam sententiam sequitur etiam Wesemb. *cons.* 22. *nu.* 16. *part.* 1 Iacob. Thoming. *decis.* 24. *nu.* 1. *& seqq.* Hartm. Pistor. *quæst.* 27. *n.* 1. *& seqq. part.* 1. [b] *d. l. Si enim* 10. *§. Qui injuriarum.* & ibi Dd. *ff. Si quis caut. l. omnes* 26. *l. Sciendum est* 58. *ff. de oblig. & act. l.* 3. *in prin. ff. de fer.* [c] *l. uni, C. ex delict. defunct. l. ult. ff. ad Leg. Iul. Majest.* Bart. *ad l. ult. num.* 8. *ff. de priv. delict.* Mynsing. *cent.* 1. *obser.* 98. Wesemb. *d. consil.* 22. *nu.* 6. *part.* 1.

70 Sed mortuo actore vel Reo post litem contestatam, non instituitur novus processus, sed heres defuncti de novo tantùm citari debet, & ita procedi, ut uno verbo omnia acta, & actitata præhabiti processus repetantur.

Mynsing. *cent.* 1. *obser.* 85. *& respons.* 7. *nu.* 37. *& respons.* 11. *nu.* 20. *& seqq.*

71 Deinde tollitur prætoria injuriarum actio lapsu anni, [a] ante litis contestationem completi: [b] anni, inquam, utilis, id est, ex eo tempore, quo quis rescivit jactam in se esse injuriam, computandi. [c]

[a] *l. Si non convitij* 5. *C. de injur.* ubi Cujac. *in parat.* Iohann. Oldendorp. *class.* 7. *act.* 10. *de actio. injur.* Ant. Gomez, *Tom.* 3. *Var. resolut. c.* 6. *nu.* 15. Sive criminaliter, sive civiliter sit instituta hæc actio, Ang. *ad d. l.* 5. *nu.* 3. *C. de injur.* Cujac. *ad tit. de diverss. & temp. præscr. c.* 28. Prætoriæ enim actiones, quæ non continent rei persecutionem, sunt annales, *in honorariis* 35. *ff. de oblig. & act.* Excellentiss. Dn. D. Betold. *part.* 2. *delibat. ad lib.* 47. *quæst.* 15. *fol. m.* 129. qui annus à die scientiæ incipit, nec continuus sed utilis reputatur, vide Fachin. *lib.* 9. *controverss.* 8. Coppen. *lib.* 2. *obser.* 86. Covallos. *quæst.* 679. [b] *l.* 3. *in princ. ff. de servis, d. l. injuriarum* 13. *in prin. ff. de injur.* Habetur autem pro litis contestatione libellus precum principi datus, si modò ad eum Princeps rescripserit, *l.* 1. *&* 2. ubi Cujac. *in parat. C. quando libellus Princ. datus.* Unde rectè in Camera, quæ summum Principem repræsentat, Geyl. *lib.* 1. *obser.* 1. 7. *& obser.* 41. *nu.* 8. personam citationem, & ejus reproductionem perpetuatur hæc actio, Geyl. *dict. lib.* 1. *obser.* 6. *nu.* 6 *Item si cum* 14. *§. in causa* ubi Cujac. *ff. quod met. causa, l.* 1. *§. annus* 39. *ff. de Ri & Ri mercat. & l. sciendum* 19. *§. ult. ff. de AEdilit. edict.* Et hanc sententiam praxis sequitur Mynsing. *cent.* 1. *obser.* 7. *nu.* 7. And. Geil. *lib.* 2. *obser.* 105. Wesenbec. *cons.* 22. *nu.* 6. *part.* 1. Hartman. Hartmanni ab Epping. *lib. obser. pract. tit.* 49. *de injur. obser.* 2. vide quoque Wurmbser *Lib. pract. obser. tit.* 46. *obser.* 1. Schurpf. *cons.* 61. *nu.* 19. *& seq. cent.* 1. Henning. Goedch. *cons.* 102. *nu.* 19. *& seq.* Berlich. *tom.* 5. *concluss.* 69.

72 Civilis tamen injuriarum actio perpetua [a] est, non annalis. Unde si quis de eo, quo pulsatus, aut verberatus, vel domus sua vi introita sit, nominatim ex lege Cornelia egerit, annali exceptione repelli haud poterit. [b] Ut nec ille, qui recantatoria injuriarum actione agit. [c]

[a] *Inst. de perpet. & tempor. actionib. in pr.* Dissentit Bursus *in l. lex Cornelia* 5. *ff. de injur.* [b] Andr. Gail. *lib.* 2. *obser.* 104. *n.* 4. Hartm. Pistor. *lib.* 4. *quæst.* 26. Nebelkii. *decis.* 1. Mynsin. *cent.* 1. *obser.* 84. *& cent.* 5. *obser.* 7. *num.* 8. Duaren. *ad tit. de injur. cap.* 2. VVesenb. *consil.* 22. *nu.* 6. *part.* 1. Henning. Goeden *cons.* 102. *nu.* 18. Ioach. à Beust. *ad l. Non possit quam, §. si is qui, num.* 10. *ff. de injur. pag.* 184. Dissentit Cujac. *in parat. ff. hoc tit. in fin. & in parat. C. eod. tit.* & Oldendorp. *class.* 7. *act.* 10. & alii de quibus vide VVurmbser. *lib. pract. obser. tit.* 46. *obser.* 1. Erat enim non prætoria, sed civilis hæc actio, quippe cum consuetudine sit introducta, & lege Carolina, ut supra ostensum, confirmata: Id quod sentit etiam VVesenb. *cons.* 22. *n.* 20. & 22. 1 Berlich. *p.* 5. *pract. concl.* 62. *nu.* 44. Sic nec actio injuriarum ob carcerem injustum annalis est.

est. Rauchbar. *lib. 1. quæst.* 48. Et quomodo eo casu agatur ostendit Hartm. Pistor. *lib. 4. quæst.* 20. Nec ob injustam torturam. Rauchbar. *dict. lib. 1. quæstion.* 49.

73 Quod attinet injuriam scriptura, vel pictura jactam in aliquem, licet ejus actionem nonnulli perpetuam esse tradant [a] & hæc sententia usu observetur, [b] à theorica tamen veritate hoc alienum esse dogma putamus. [c]

[a] Zas. *ad l. cum lex. 22. num. 12. ff. de legibus* Chilian. König. *in practic. cap. 59. Vers.* Aber das thun. Dn. Mundius. *de diffam. ut. c. p. 7. num. 12.* Philipp. Matthæi *ad l. non solet. 86. num 10. ff. de reg. jur.* [b] Andr. Geyl. *lib. 2. observat. 104. nu. 4.* Chilian. König. *d. loco.* [c] Tùm quia & scripta injuria, verbalis est injuria, ut omnes fatentur. Farinac. *in prax. crim. part. 3. quæst. 105. num. 4. & alij.* cujus actio tantùm est annalis. *l. 5. C. de injur.* Tùm quia & scriptæ, itemque pictæ injuriæ actio civilis Prætoria est, non legitima. Criminalis quidè est legitima *per l. unic. C. de fam. libell. & l. 5. § si quis librum, & § seq. & l. seq. ff. de injur.* At civiliter instituta est Prætoria. *d. l. quod Senatusconsl. 6. Vers. caterum, ff. d. t.* Cujac. *in lib. 55. Pauli ad edictum, p. 376. in pr.* Proindeq; annalis. *d. l. in honorariis 35. in pr. ff. de oblig. & act.* Id quod sentit etiam Wesenbec. *consil. 22. nu. 7. part. 1.* ubi respondet ad argumentum, quo post alios Dd. utitur Geyl. *d. observ. 104. nu. 3.* adde Fachin. *lib. 9. controvers. 9.* Hartman. Pistor. *lib. observat. 9.* Matth. Coler. *de process. executiv. part. 4. cap. 1. num. 92.* Berlich. *dict. conclus. 69. num. 51.*

74 Etti verò anno exacto extinguatur prætoria injuriarum actio; ex Dd. tamen sententia, is, qui injuria affectus est, etiam post annum, injuriæ nomine sibi illatæ, judicis officium implorare potest.

Faber. *ad § Sed & lex. 8. Inst. de injur.* Hartman. Hartmanni ab Eppingen. *tit. 49. observat. 2.* Gail. *2. observ. 104. num. 4.* Berlich. *dict. p. 5. conclus. 69. num. 1. & 2. & in decis. aurea. 86. num. 1.* Wesenbec. *consil. 22. num. 6. & seqq. part. 1.* Dn. D. Besold. *part. 2. delibat. ex lib. 47. ff. quæst. 15.* & Mynsing. *cent. 1. observ. 84. & cent. 5. observat. 7. n. 6.* ubi allegat Ioh. Fabr. *ad § Sed & lex Instit. de injur.* & Ang. *ad Gisevium autem. Inst. d. t.* Dissentit. Ioan. Gœddæus *in l. aliud 131. § 1. n. 10. & seqq. & maximè nn. 13 ff. de V. S.* & Farinac. *quæst. 11. num. 2. & seqq.* Sic Actione injuriarum extincta nihilominus superest remedium recuperandi damna & expensas. Berlich. *tom. 5. conclus. 70.*

75 Adhæc tollitur injuriarum actio, conventione partium: putà pacto, item transactione, ut & jurejurando.

l. non solùm. 11. § 1. Vers. proindeq; ff. de injur. Gail. *1. observ. 106. num. 5.* De pacto etiam textus *in l. Scribi 17. § 1. ff. de pact.* & de jurejurando textus est *in l. 3. § hac lege permittitur. ff. de injur.* Sed an pater invito filio possit remittere injuriam in præjudicium filii vide Me. *de famos. libell. cap. 3. num. 34. & seqq.*

76 Perit item hæc actio dissimulatione: ut si verbis vel indiciis contestatus non sit illicò is, cui injuria facta est, ad animum se eam revocare. [a] Quòd si continuò revocarit ad animum injuriam, licet postea salutet convitiatorem, vel manum ei præbeat, aut osculetur eum, vel bibat & edat cum eo, non actionem tamen, sed duntaxat *rancorem*, ut Dd. loquuntur, ei remisisse intelligitur. [b]

[a] *§ ultim. Instit. hoc tit. l. non solùm 11. § 1. ff. eodem tit. l. si tibi 31. ibi. habita contestatione, C. de liberal. caus.* [b] Capell. Tholosan. *Decis. quæst. 233.* Ioseph. Mascard. *de probat. Vol. 2. conclus. 902. num. 25.* Et de osculo vide quoque eundem Mascard. *Vol. 3. conclus. 1156. num. 5.* & Bald. *ad tit. 53. De pace tenenda. § injuria* vide item Wurmbser. *lib. pract. observ. tit. 46. observ. 3. & 12.* Iohan. Dilectum *in tract. de arte testandi cautela 34.* Et Guil. Onciac. *lib. quæstion. juris Philosophic. quæst. 2. num. 3. & 4.* Berlich. *part. 5. pract. conclus. 70. num. 18. & seqq.* Farinac. *lib. 3. prax. crimin.*

minal. quæst. 105. *inspect.* 8. *num.* 340. *& seqq.* Wehner. *in pract. observ. verb.* Hoffrecht. *pag. m.* 292. Gail. *de arrest. Imper. cap.* 14. *num.* 9.

77 Remissa tamen injuria, vel pacto, vel transactione, vel jurejurando, vel dissimulatione, non censetur remissum damnum & interesse.

l. qui servum 34. *in prin. ff. de oblig. & act. & l. dominum* 8. *C. de injur.* Mynsing. *cent.* 4. *observ.* 10 Baptist. *Vallalob. in communibus opinionibus, an sit I.* Franciscus Vivius *in communibus opin. an sit I. opin.* 141. Menoch. *de recuper. possessione* 1. *nu.* 307. Ioach. à Beust. *ad l. admonendi. nu.* 58. *ff. de injur. pag.* 272. vide Bart. *ad l.* 1. *§. usq; adeo ff. de injur. & consil. cxxm. tom.* 2. *cons.* 65. *nu.* 10. *&* 18 Covarruv. *lib.* 2. *Var. resolut. cap.* 10. *num.* 6. Gomez. *tom.* 3. *Var. resolut. c. p.* 6. *nu.* 13. Alexand. *consil.* 20. *lib.* 5. Thesaur. *decis.* 8. *nu.* 11. Surd. *de aliment. tit.* 7. *quæst.* 16. *nu.* 84. *& seqq.*

78 Aboletur item verbalium injuriarum actio legitimâ relatione, sive ut vocant, retorsione. Qui enim incussam sibi notam, rursus verbis excussit, frustra judicium postulaverit: Et inciviliter apud judicem queritur, qui ipse sibi jure que judex extitit & ultor.

Bart. de Saxo ferrato *consil.* 5. *nu.* 12. *tom.* 1. *cons. crimin.* Guil. Onciac. *lib. quæst. jur. Philosophic. quæst.* 4. *nu.* 5. Alciat. *consilio suam materia duelli, non longè a principio.* Anton. Faber. *in cod. dic. l. b.* 9. *t. de injur.* 2. *definit.* 8. *n.* 1. *& seqq.* Dn. D. Besold. *lib.* 2. *delibat. ad lib.* 47. *ff. quæst.* 20. Cothman. *Vol.* 2. *respons.* 59. *num.* 204. *& seqq. & Vol.* 3. *resp.* 4. *n.* 101. *& seq.* Dissentit Ludolph. Schrad. *cons.* 40. *nu.* 77. junctis is, quæ prius toto illo consilio tradidit, *tomo* 1. *consilior. Sartor. Iureconsl. German.* Hanc quæstionem late tractavi in commentario meo *in l. fin. C. de famosis libell. cap.* 3. *nu.* 50. *& seqq.* adde Berlich. *tom.* 1. *concluf.* 64. *n.* 58. *& seqq.* Nebelkré. *decis.* 18.

79 Sed an pœnitentia convitiatoris, putâ revocatione injuriosorum verborum, tollatur injuriarum actio, quæstio anceps est. [a] Nobis negata opinio placet. [b]

[a] Felin. *ad c. cum dilecti, nu.* 16. *ext. de except.* Lanfranc. *ad c. quoniam contra, c. p.* 7. *num.* 3. *& ibi Celsus in addition. extr. deprobat.* Et Iohan. Baptista de Plotis *consil.* 131. *num.* 17. *Tomo* 1. *consilior. criminal.* scribunt, quòd etiam intra 30. dies per pœnitentiam tollatur injuriarum actio. Cæterùm Hieron. Cagnol. *ad quicquid calore* 48. *ff. de reg. jur.* Et Vasq. *lib.* 1. *quæst. illustr. cap.* 18. *num.* 38. tradunt, incontinenti si revocata sint injuriosa verba moveri actionem injuriarum non posse. [b] *Ius igitur sit fugitivus* 17. *§.* 1. *ff. de Aedilit. edict. l. qui cum amente* 65. *ff. de furt. & l. penult. ff. si convenerit pror. & d. l. si non convicii* 5. *Verf. Si autem in rixam, C. de injur.* Vid. Me. *in tract. Add. tunic. C. de famos. libell. cap.* 2. *num.* 41. *& seqq.* Gail. 2. *obs.* 166. *nu.* 3. *& nu.* 8. Farinac. *in prax. crimin. lib.* 3. *quæst.* 91. *nu.* 30. *& seqq.* Et facit huc, quòd ipsa obtrectatoris pœnitentia non numeretur inter modos tollendæ obligationis, *subtil. Instit. quibus mod. tollu. oblig. & ibi ff. de solution.* Quodq; causa cessante, non cessat consuetudinatus effectus in jure quæsito, puta in obligatione & actione quæsita. Tiraquell. *in tractat. Reg. Cessante causa, limitat.* 11. *&* 12. Nisi calore iracundiæ injuria sit effusa omnino contulendus Eximius IC. Dn. D. Besold. *disput.* 1. *ad Stat. Wurtt. thes.* 161. *ubi hæc seq.* de Ebrio tractat.

80 Aliunde exceptiones depromuntur à qualitate, tùm personæ, quæ intulit injuriam, & in quam jacta est injuria; tùm ipsiusmet facti, aut verborum, quæ quis pro injuriosis habet. Non enim quævis persona injuriam facit, nec personæ cuivis fit injuria: neque facto aut verbis quibuslibet imponitur injuria: ut supra ostendimus.

Sed an veritas convitii injuriante excuset, affirmat *l.* 18. *ff. de injur.* limitat Fachin. *lib.* 9. *contr. c.* 10. Negat Covarruv. *lib.* 1. *Var. resolut. cap.* 1. *num.* 6. Quinfama in injuriis excusat. Vide Crav. *cons.* 383. *per tot.*

81 Est & illud hic notandum, quòd Reus etiam per juramentum purgatio-

nis, se

nis, se ab instituta injuriarum actione liberare potest: ut si judex, consideratis personis, & injuriæ circumstantiis, dubitet, an injuriandi animo, quid dictum aut factum sit. Proindeque ipsi Reo jusiurandum illud deferat, & reus juret, quod injuriandi animo id dixerit, aut fecerit.

l. lex Cornelia 5. §. hac lege 8. ff. de injur. l. non damnatos 18. in fin. C. ex quibus c. tacit. inf. irrog. l. furti 6. §. sed esti 4. ff. de his, qui not. antur infam. Berlich. *tom. 5. conclus. 60.* Andr. Geyl. *lib. 2. observat. pract. observat. 106. num. 3. 5. & 6.* Mynsinger. *Respons. 7. decad. 1. n. 21. & seqq.* Ernest. Cothman. *Respons. 15. nu. 36. & seqq.* Joachim. à Beust. *ad l. post eaquam, §. si damnetur, nu. 18. ff. de jurejur. pag. 179.* Vbi subjicit, non esse reum onerandum hoc juramento, si coram judice dixerit, se non animo injuriandi quid protulisse, aut dixisse, sed ad hoc per alias circumstantias motum fuisse, & se de actore nihil nisi bonum & honestum loqui posse. add. Excellentiss. Dn. Besold. *volum. 2. consil. 28. quæst. 2.*

Sequitur de condemnatione Rei convicti. Quòd si Reus motam injuriarum actionem non elidat, & civiliter actum sit æstimatoria injuriarum actione, judex considerata injuriæ qualitate, atrox scilicet, an levis sit, [a] vel sequitur æstimationem actoris, vel minoris injuriam æstimat. [b] respiciens ad id tempus, quo facta est injuria. [c] Deinde si rem illud sudere ac postulare videat, per interlocutoriam actorem jurare jubet, quod taxatam illam summam ex suo patrimonio, si ejus vis tanta fuerit, amittere, quàm pati eam injuriam malit. [d] Quòd si actor ad moderationem illam, & taxationem judicis jurare nolit, eò quòd minus opinione sua æstimatum putet, judex interloquitur, & recusanti sub comminatione absolutoriæ sententiæ, juramenti præstationem injungere potest. [e] Denique præstito juramento, reum in taxatam pecuniæ summam actori præstandam, condemnat. [f] 82

[a] *l. Prætor 7. §. atrocem, l. Sed si amittet 17. §. quadam injuria, ff. de injur. §. atrocem, Instit. d. t. Sic anno* 1559. 14. *Junij*, in Camera Imperiali, magistratus cujusdam loci pro hac atroci injuria, quod actorem immeritò in carcerem compegerat, condemnatus fuit ipsi actori in ducentos aureos. *Item anno* 1560. 23. *Februarij*, actori pro hac atroci injuria & damno, quòd vulneratus, & oculis privatus fuit, Reus condemnatus est in 20000. florenos Rhenenses. [b] *§. Pœna autem, vers. sed postea P. Faber, Instit. eodem tit.* [c] *l. injuriarum 21. ff. de injur.* [d] Maranta *in Specul. part. 4. in 1. judici. distinct. num. 6.* Decisio. Capellæ *Tholos. quæst. 145.* Andr. Geyl. *lib. 2. observ. 102. num. 8. & seqq. & observ. 103. num. 4.* Mynsing. *respon. 51. num. 25. & seqq.* Hartman. Hartmanni ab Eppingen *lib. pract. observ. Tit. 49. observ. 1.* Forma autem hujus interlocutoriæ talis est in Camera Imperiali: Zu der Schmach sachen N gegen N. ist erkandt / mög oder wöll gemelder N. ein End zu Gott schwören / daß er viel lieber 400. Gülden / so er es hett / verlieren wöllen / dann solche Schmach gewärtig sey / das soll gehört werden / vnd er thue das oder nicht / ferner ergehen / was recht ist. Non tamen plane necesse est, ut hoc jusiurandum Actori deferatur, Joan. Faber *ad §. Sed & lex Instit. de injur.* & Mynsing. *dicto Respon. 51. nu. 61.* Nusquam enim jus civile, ut judex hoc jusiurandum ab actore exigat, præcipere videtur; quippe cum jurejurando in litem locus sit, quando actor vel rem suam, vel certum sibi debitum corpus à Reo petit, sicuti arguit totus tit. ff. *de in litem jurando:* ut proinde exactioni hujus juris jurandi necessariò astrictus judex non sit, *§. 1. Instit. de offic. judic.* [e] *per l. si non fuerit 37. & l. seq. ff. de jurejur.* Andr. Geyl. *dict. lib. 2. observ. 102. num. 11.* Ubi dicit, ita in Camera observatum esse. [f] *Dd. ad lit. D. citatis.*

Quòd si actor moriatur pendente lite, ejus heredi juramentum hoc deferri potest. 83

Mynsinger. *d. Respons. 51. num. 29.* Facit, quòd & jusjurandum in litem heredi potest deferri, ut ostendit Phanut. *in tractat. de in litem jur. part. 2. membro 4. nu. 3.* Confert etiam huc maximè, quòd injuria defuncto illata, ad ejus heredem pertinet, *l. 1. §. quotiens, & sequent. ff. de injur.*

84 Sed judex in sententia sua etiam rationem habere debeat damni, si quod ex reali injuria actor contraxerit, etiamsi de damno mota quæstio sit nulla, in dubium vocatur? Quidam [a] id affirmant, nos negandum putamus. [b]

[a] Ang. *ad l. Si non convicij 5. num. 10. & addit. dominum 8. C. de injur.* Decis. Capellæ *Tholos. 22. quæst. 145.* Et affirmationi patrocinari videtur *d. l. dominum 8. C. de injur. & l. interdum 56. §. 1. ff. de furt. & l. qui servum 34. in princ. ff. de oblig. & act.* [b] Damno enim non injuriarum, sed legis Aquiliæ actio proposita est. In actione injuriarum æstimatur contumelia tantùm, damnum verò in actione legis Aquiliæ, *l. item apud 15. §. Si quis servo verber. uto 46. ff. de injur. l. 5. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Confert quoque huc, quod judex non nisi imploratus suum officium impertit. Atque hanc sententiam tenet Cyn. ad *d. l. dominum 8. C. de injur.* Sed plærumq; de reali injuria actionem movens, etiam ipsius damni mentionem facit, & simul de utroque, contumelia scilicet & damno, quæritur. Quod cùm fit, rationem judex etiam damni habere debet, non solùm si expressè damni æstimatio sit petita, sed & si ea non sit petita nominatim: si libellus tamen clausulam salutarem habeat: per ea, quæ tradunt Mynsing. *cent. 4. obser. 55.* Et Andr. Gail. *libr. 1. obser. pract. obser. 61. num. 10. & seq. & obser. 108. num. 7.*

85 Quòd si ad palinodiam sive recantationem sit actum, & Reus convictus sit, tùm is sententia judicis, secundùm actoris petitionem, condemnatur, & coram ipso judice palam revocare injuriosa verba tenetur. [a] In sententiis autem Cameræ Imperialis, jubetur Reus coram judice prioris instantiæ recantationem illam facere, etiamsi ejus judicis sententia sit reprobata. [b]

[a] Ioachim. à Beust. *ad l. Nam postea quam 9. §. Si damnetur, nu. 15. ff. de jurejur. pag. 178.* In suprema tamen Curia Wittebergica ut & aliis in judiciis hujus Ducatus, non semper ad palinodiam condemnatur reus, cùm ad fieri ea debeat, arbitrio judicis interdum relinquatur, licet regulariter secundum petitum palinodiam judicare jubeatur judex. New Landrecht / *part. 1. Tit. 77. §.* Ob wol auch / unde omissa palinodia aliquando simpliciter pronunciatur: Daß dem Beklagten den Klägern gestalter massen zu schmehen nicht gebührt / noch gezimpt / sondern daran zuviel unrecht gethan habe: &c. *Neque additur*, daß er Beklagter derhalben jhme Klägern / einen gewohnlichen Widerruff zu thun schuldig seyn solle / eo quòd existimatur, actori satisfieri hoc ipso, quod pronunciatur, Beklagter hab Klägern daran zu viel unrecht gethan. [b] Vt testantur sententiæ Imperialis Cameræ, *pag. 509. & pag. 761.*

86 Si criminaliter extraordinariè agatur, tùm judex ex officio pro suo arbitrio pœnam Reo irrogat: [a] & quidem pro injuriæ & personæ conditione durius, vel mitiùs eum punit. [b] Servi flagellis cæsi, dominis restituuntur: liberi homines vel pecuniaria pœna fisco inferenda, vel pœna corporis afficiuntur, & quidem humilioris loci fustibus subjiciuntur: cæteri vel exilio temporali, vel interdictione certæ rei coercentur. [c]

[a] *§. in summa, Vers. sin autem criminaliter. Instit. de injur.* [b] *l. hodie 13. junct. l. aut facta 16. §. persona. ff. de pœnis.* [c] *l. unic. ff. cod. tit. de injuriis, & l. aut facta 16. in princ. junct. §. persona. ff. de pœnis.*

87 Sin publico judicio de injuria agatur ex lege publici judicii, [a] tùm Reus in pœnam ea lege definitam condemnatur. [b] Ex lege enim Cornelia, si publico judicio agatur de eo, quod quis pulsatus, verberatus, domusvé ejus

vi in-

vi introita sit, Reus si homo liber sit, partis tertiæ bonorum publicatione punitur: [c] si servus fuerit, extra ordinem duriori pœna plectitur. [d]

[a] *l. 1. ff. de public. judic.* [b] *l. ordo 8. ff. dict. tit.* [c] *l. Hos accusare 12. §. ultim. in princ.* ubi Bart. *num. 20. vers. Item Cornelia injuriarum. ff. de accusat. & l. 4. in fine, ibi, de injuriis, ff. ad legem Iul. de vi priv.* [d] *dict. l. Hos accusare 12. §. ult. ff. de accusat.*

Quòd si publico judicio adversus eum agatur, qui sine nomine & cognomine suo famosum libellum scripsit, vel ab alio scriptum evulgavit, ea plectitur pœna, quæ converteretur in ipsum infamatum, si de objecto crimine convinceretur. 88

Peinliche Halsgerichts Ordnung/ Keyser Carls deß V. *Articulo 110. l. un. C. de famo. libell.* Ioachim. à Beust. *ad l. Nam pestes aquam, §. Si damnetur, num. 12. pag. 177.* vide etiam Iul. Clarum *lib. 5. sententt. §. fin. quæst. 68. num. 25.* Olim hîc Reus condemnatus intestabilis fiebat, *l. 5. §. Si quis librum, junct. l. seq. ff. de injur.* De famoso libello, & ejus pœna latè disserui in commentario meo *in l. un. C. de famos. libell.*

Si publica accusatio facta sit ejus, qui sacerdoti, vel ejus ministro, dum sacra faciunt, injuriam obtulit, dum Reus sententia capitali vindicatur. 89

l. si quis in hoc 10. C. de Episc. & Cler.

Præter has pœnas, condemnatus suo nomine, sive civiliter, sive criminaliter sit actum, etiam infamia notatur: [a] ut & ille, qui precio quantocunq; pactus, ne secum injuriarum ageretur. [b] 90

[a] *l. 1. t. Athletas 4. §. ultim. ff. de his qui infam. notan. l. injuriarum 10. & l. non damnatos 18. C. ex quibus causis infam. irrog. l. infamem 7. ff. de public. iudic. Lewis. cap. 24.* Andr. Geyl. *lib. 2. observ. 102. num. 1. & 6.* Quòd tantùm attineat actionem injuriarum ad palinodiam institutam, hanc non irrogare condemnato infamiam, autumant Mynsing. *Respons. 60. in fin. Decad. 6.* & Wesenbec. *consil. 22. num. 25. part. 1.* Sed an propter modicam & levem injuriam damnatum infamia sequatur disquirit, & negativè respondet Dn. D. Besold. *part. 2. delibat. ad lib. 47. ff. quæst. 14. pag. m. 128.* ubi in utramque sententiam citati. [b] *d. l. non damnatos 18. Cod. Ex quibus causis infam. irrog. & l. 6. §. pactum. ff. de his qui not. infam. vide infr. thes. 93. & 94.*

In sententia tamẽ reclamatoria expressè honoris sit reservatio, daß jhme solches an seinen Ehren unnachtheilig. [a] Vt & jure Wirtembergico in quavis injuriarum verbalium sententia, modò Reus non perseveret in verbis injuriosis. [b] 91

[a] Andr. Geil. *lib. 1. observ. 65. num. 6.* Sunt qui rident hunc Curiæ stylum, & ejus autores vocant legum contortores, quos planè dignos putant, qui non alio, quam hominis ex hoc judicio condemnati, id est, infamis, testimonio (quale est palinodiæ) decorentur. Verum quia hæc ad palinodiam instituta actio alia est ab æstimatoria injuriarum actione, atque hac æstimatoria condemnatus qui est, sit infamis legum autoritate, non autem consuetudo, aut Imperatoria constitutio, qua illa reclamatoria inventa & approbata est actio, infamem pronuncier condemnatum ea actione, certè nostro tantum privato decreto pro infamia notato haberi ille non debet: quippe cùm non ipsum per se delictum, sed actio si ea sit famosa, delinquentem notet. Vide Symphorem. *Voto. Cameralium Tomo 2. pag. 43. Voto 14. num. 42.* [b] Fürstl. Württ. Hoffgerichts Ordnung/ *part. 3. tit. 25. §.* doch sollen dardurch. *Vide* Dn. D. Besold. *dissert. 1. ad Statut. Wirtenb. thes. 164. & seqq.*

Sed & alia effugiendæ notæ leges diverticula submini strant: ut reus non per se, sed per procuratorem litem suscipiat: quo casu sententia in procuratorem, tanquam Dominum litis profertur, qui tamen condemnatus non notatur, ut nec ipsemet Reus. 92

l. furti 6. §. si quis alieno, ff. ser Gus 14. l. Lucius 21. in fin. ff. de his, qui not. infam. l. 2. ff. de obseq. parent. & patron. præst. gloss. *in c. cum te à B. & ibidem* Felin. *nu. 2. extr. de re jud.* Wurmbser. *lib. practic. obser. tit. 46. obser. 5.* Mynsing. *Respon. 51. nu. 24.* Andr. Gail. *lib. 2. obser. 102. num. 7.* Ioach. à Beust. *ad l. nam post aquam, 9. §. si damnetur, nu. 9. ff. de injur. pag. 174. & seq.* Speckhan. *cent. 2. class. 3. quæst. 4.* Berlich. *tom. 3. concluſ. 63. num. 14.*

93 Similiter ſi reus civiliter conventus, ante litem conteſtatam, vel ante concluſionem in cauſa, vel ſi concluſum ſit, ante condemnationem, injuriæ æſtimationem perſolvat, non notatur infamiâ, ut Dd. volunt; [a] quamvis à theorica veritate alienum videatur. [b]

[a] *part. ſi reus 73. ff. de procurat.* Wurmbser. *d. obser. 5.* Andr. Geyl. *d. obser. 102. num. 12. & obser. 103.* Ioachim. à Beust. *d. loco, num. 11.* Facit. *l. item ſi, 14. §. 1. Verſ. ſatis clementer. ff. quod met. cauſ.* Ratio eſſe videtur, quod nõ ipſum per ſe delictum infamiæ maculam Reo aſpergit, ſed ut is ob injuriam à ſe jactam in aliquem infamia notetur, ſententia judicis condemnatoria contra eum pronunciata ſit neceſſe eſt, *l. 1. §. qui furti, l. 4. in fin. ff. de his qui notantur infam. l. 5. l. injuriarum 10. C. ex quibus cauſis infam. irrogatur.* Speckhan. *dict. cent. 2 class. 3. quæſt. 5. & quæſt. ſeq.* [b] *Per d. l. 1. §. qui in judicio publico, ſibi, pactum ne erit, & l. 4. in fin. ibi, pactum ne erit, junct. l. ſeq. d. §. pactum ne. ff. de his, qui infam. notant. l. Non damnatos 18. C. ex quibus cauſis infam. irrogatur.* Vide Excellentiſſ. Dn. Beſold. *diſput. 1. ad Stat. Würtenb. theſ. 160. Ubi ex* Weſenbec. *conſil. 142. nu. 45.* dicit, Chriſtiano homini conſultius eſſe tranſigere, quam actione injuriarum odioſa adverſus injuriantem experiri.

94 Neq; irrogatur illi infamia, ſi de injuria (ut ſimiliter Interpp. habet commentum) autoritate judicis, tranſigat cum adverſario ſuo. Quòd ſi privatim tranſigat, non effugit hanc maculam, niſi gratuito remiſſa ſit injuria.

per d. l. non damnatos 18. C. ex quibus cauſis infam. irrog. l. athletas 6. §. pactus ne. ff. de his qui notan. infam. Andr. Geyl. *dict. obſer. 102. nu. 12. & ſeqq. & nu. 17.* Mynſing. *reſponſ. 80. nu. 9. Dec. ad. 6.* Speckhan. *cent. 2. quæſt. 4. num. 24.* Farinac. *in prax. crimin. part. 3. quæſt. 105. num. 63.* Franciſc. Marc. *deciſ. 661.*

95 Reſtitutione item in integrum elui hæc macula poteſt.

c. Cum te 23. extr. de ſentent. & re. judic. l. 9. §. 2. Verſ. Ergo & ſepotuit, ff. de Minoribus.

96 Poſtremò quod attinet Rei abſolutionem, ea hanc ſententia debet, ſi is intentionem actoris vel accuſatoris, exceptionibus ſuis, & defenſionibus excluſerit. Quo facto judex diſpiciet, qua mente quis ductus ad actionem vel accuſationem hanc proceſſerit. Et ſi quidem juſtum ejus errorem reperierit, innocentem eum relinquit, [a] etiam ſalva & integra exiſtimatione illius. [b] Quòd ſi in evidenti calumnia eum deprehenderit, pœnam ipſi irrogat: [c] quæ in privato judicio eſt extraordinaria: [d] In criminali extraordinario judicio præter talionem [e] ſimiliter extraordinaria: [f] In publico autem judicio præter talionem, [g] periculum infamiæ. [h]

[a] *l. 1. §. Sed non utique, ff. ad Senatuſconſultum Turpillian.* [b] *l. 3. Cod. de calumniatoribus* Wurmbser. *lib. practic. obſer. Sax. tit. 46. obſer. Sax. 5. & 13.* [c] *dict. leg. 1. §. Sed non utique, ff. ad Senatuſconſultum Turpillian.* [d] *l. 3. ff. dict. tit.* [e] *l. ultim. ff. de priv. delict.* [f] *dict. l. 3. ff. ad Senatuſconſultum Turpillian.* [g] *l. 7. & ultim. de calumniat.* [h] *l. 5. C. d. tit. & l. 3. ff. ad Turpill. cap. 1. & ſeqq. 5. quæſt. 6.*

CLAS.

CLAS. IV. DISPUT. V.

DE VI EXPULSIVA, TURBATIVA, & inquietativa.

THESIS I.

HActenus de nominatis delictis: innominata [a] modò sequuntur; ut sunt vis, [b] metus, injectio, [c] dolus, [d] alienatio judicii mutandi causa facta, [e] alienatio in fraudem creditorum facta, [f] alienatio facta in fraudem patroni, [g] corruptio albi Prætoris, [h] majoris summæ in libello actionis petitio, [i] vocatio in jus contra edictum, [k] exemptio violenta ejus, qui in jus vocatus est, [l] dolosa retentio ejus, qui in jus vocatus est, [m] contemptus jus dicentis, [n] & judicatio mala dolo facta; [o] de quibus speciebus ordine agemus, & primùm quidem de vi

[a] Non ut superiora quatuor delicta specifica habent nomina, ut furtum, rapina, damnum, injuria, ita & hæc ejusmodi nomina habent; id quod maximè duo hæc delicta, Vis & dolus abundè arguunt. [b] Vim esse maleficium sive delictum patet ex *l. 1. §. sed etsi [illegible]s, in maleficio, & §. quod igitur, ibi, mali fidei causa, & l. pen. in fin. ibi, quia ex ipso tempore delicti, ff. de Vi & Vi armat.* Facit quod interdictum, unde Vi, est in personam *l. cum a te, 7. ff. d. t.* Cujac. *lib. 24. Paulo ad Edictum, pag 412. col. 2.* Donell. *lib. 15. commentar. cap. 31. pag. 468. & pag. 474. lin. 5.* [c] Metus quoque injectionem delictum esse, evincitur *ex l. un. Cod. ex delict. defunct. & l. item 14. §. Quod si homo, ibi, propter factionem, ff. Quod met. caus.* & scribit Donell. *dict. lib. 15. c. 38. p. 508.* [d] Cùm dolus pariat personalem actionem, *§. præterea, vers. in personam Inst. de act.* dubium nō est, quin sit delictum; id quod tradit etiam Donell. *dict. lib. 15. cap. 38. & cap. 40.* [e] *l. 4. §. fin. l. 5. 6. & 7. ff. de alien. iud. mut. caus. fact.* Donell. *lib. 15. cap. 27.* [f] Ex hac enim alienatione oritur actio in personam, *l. Sed cum ita 38. §. in Factam. 1. junctis primis, ff. de usur.* quæ actio cùm ex nullo alio obligatorio negotio nascatur, consequens est, esse eam ex delicto: quod sentit etiam Donell. *ad §. item si quis in fraudem, nu. 4. 5. & 7. Inst. de act. & lib. 15. commentar. cap. 41. & lib. 24. cap. 17.* [g] Quia ex hac etiam alienatione oritur actio in personam *l. 1. §. hæc actio, ff. Si quid in fraud. patron.* sequitur inde, eam esse delictum; quod docet etiam Donell. *ad d. §. item si quis in fraudem, n. 4. Inst. de action. & lib. 15. cap. 31.* [h] *§. pœnales Instit. de l. Aquil. si quis id 7. cum 2. leg. seqq. ff. de Iurisd.* Donell. *lib. 15. cap. 24. circa finem, pag. 451.* [i] *§. triplicati*, ubi Hotom. & Donell. *Instit. de act.* idem Donell. *lib. 15. cap. 27. pag. 456. vers. secunda species est.* [k] *dict. §. pœnales*, ubi Donell. *Inst. de act. l. 2. l. 4. & l. pen. ff. de in ius vocand.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 24. pag. 450. vers. Exitus judicij.* [l] *dict. §. pœnales*, ubi Donell. *Instit. de act. tut. tit. ff. Ne quis eum, qui in ius voc. &c. in.* Idem Donell. *lib. 15. Comment. cap. 27. pag. 456. vers. Tertia species.* [m] *tot. tit. ff. de eo, per quem fact. erit, quo min. quis in jud. sist.* Donell. *d. cap. 27. pag. 457. vers. Quarta species.* [n] *l. un. ff. si quis ius dic. non obtemp.* Duaren. *lib. 1. disput. cap. 50.* & Donell. *d. lib. 15. cap. 24. in fin.* [o] *l. filius familias 13. ff. de Iudic.* vide Donell. *lib. 15. cap. 27. p. 457. vers. Quinta species.*

Vis est delictum, [a] quo aliquis invitus, [b] vel de possessione rei immobilis atrociter dejicitur, [c] vel saltem in possessione immobilis, [d] aut mobilis [e] rei impeditur. 2

[a] *Vide fundamenta ad thesin 1. sub lit. B.* [b] *l. 1. ff. Quod met. caus. l. nihil commune 116. ff. de R. I. si vero 5. ff. de Vi & Vi armata.* [c] De hac vi, quâ de rei immobilis possessione quis dejicitur, *est tit. ff. de Vi & Vi arm. & tit. C. unde Vi, & tit. Decretal. de restit. spol.* [d] De vi, quâ quis in rei immobilis possessione impeditur, est tit. *ff. Quod Vi aut clam, & tit. ff. & Cod. uti possidetis.* [e] De vi, quâ quis impeditur in possessione rei mobilis, *est l. un. ff. utrubi, & §. sed interdicto Inst. de interd.*

Primi

3 Primi generis vim, quâ quis de possessione rei immobilis atrociter dejicitur, Dd expulsivam vim appellant; [a] circa quam duplex generalis inspectio incurrit; una de ipsa violenta dejectione; altera de remediis, quæ adversus vim hanc jure constituta sunt.

[a] Menoch. *de recuper. possess. in præludiis, num.* 39.

4 Ipsa violenta dejectio in his tribus posita est rebus: in persona dejecti; in re, unde quis dejicitur, & in dejiciendi modo.

Donell. *dict.* 15. *Commentar. cap.* 31. *pag.* 468. *Verf. Pertinet ergo.*

5 In persona dejecti hoc exigitur, ut possiderit naturaliter vel civiliter, [a] justè, vel injustè, [b] quando dejiciebatur; qui enim non possidet, dejici non dicitur. [c] Vnde dominus licèt ingredi possessionem rei suæ prohibeatur, dejici tamen inde non dicitur; [d] ut nec colonus ex fundo, nec inquilinus ex ædibus dejici dicitur. [e] Fructuarius tamen, dejici rectè dicitur, si uti frui per vim prohibeatur. [f]

[a] *l.* 1. §. *dejicitur, & §. cum qui neg. ff. de Vi & Vi arm.* [b] *l.* 1. §. *Qui à me. l. colonus* 12. *& l. cum fundum* 18. *ff. d. t.* [c] *d. l.* 1. §. *interdictum autem ff. eod. tit.* [d] *l.* 1. §. *eum qui ff. h. t.* [e] *d. l.* 1. §. *Denique maritus, & l ult. ff. d. t.* Obstare videtur *d. l. colonus, ut & d. l. cum fundum* 18. *ff. eod. tit.* [f] *l.* 3. §. *in id, & §. seq. ff. de Vi & Vi armat.*

6 Nihil autem refert, corpore vel animo possideat, [a] possideat item per se, vel per alios, puta, servos, procuratorem, colonum. [b]

[a] *d. l.* 1. §. *sive autem corpore* 24. *ff. h. t.* [b] *d. l.* 1. §. *quod servi* 22. *ff. eod. tit.*

7 Ad rem quod attinet, is tantùm hic per vim dejici dicitur, qui ex solo dejicitur, vel solo cohærentibus, veluti ex fundo aut ædibus; [a] non etiam qui de vehiculo trahitur, aut de nave vi pellitur, [b] vel de alia re mobili detruditur. [c] Nihil tamen interest, qualis sint ædes, ligneæ vel lapideæ. [d] Et si quis de superficiaria pulsetur insula, dejici hîc dicitur. [e]

[a] *l.* 1. §. *hoc interdictum* 3. *ff. de Vi & Vi arm.* [b] *d. l.* 1. §. *si quis de navi* 7. *ff. d. t.* [c] *d. l.* 1. §. *illud utique* 6. *ff. h. t. l. si quando* 9. *ibi rebus abreptis, vel in vasis, C. unde Vi. & l.* 1. *in princ. ibi, qui cujuslibet res possessione privati sunt, C. si per Vim vel alio modo.* Obstare videtur *l. si coloni* 14. *C. de agric. & censit. & l.* 7. *C. unde Vi* sed vide Cujac. *in parat. tit. C. d. t.* & Vultej. *ad §.* 5. *num.* 21. *Inst. de interdict.* [d] *d. l.* 1. §. *planè si quis de ligneis* 8. *ff. eod. tit.* [e] *d. l.* 1. §. *proinde* 5. *ff. h. t.*

8 Modus sive ratio dejiciendi hæc est, si quis invitus possessione dejiciatur. Nam qui alij possessionem tradidit, quamvis vi compulsus, in ea tamen causa est, ut hîc vi dejectus dici non possit.

l. si verum 5. *ff. eod. tit.*

9 Invitus autem tribus [a] modis quis dejicitur. Primus est, si cùm ipse in fundo, aut ædibus esset, vi inde sit pulsus; ut si impulso corpore sit detrusus, vel ostentato ab adversariis armorum, aut turbæ metu, fugatus sit de possessione, & hanc illi confestim occuparint. [b]

[a] Dd. nostri varios fingunt modos, quibus aliquem spoliari dicunt. Inter quos etiam hic est, si quis reditum vel censum annum solvere detrecter, aut servitia vel jura debita, puta, publicas pensitationes præstare recuset, Andr. Gail. *lib.* 2. *obser.* 8. *pract. obser.* 75. *num.* 1. Adjiciunt quoque his modis casum *l. si colonus* 14. *C. de Agric. & censit.* de qua Menoch *de recuper. poss. Remed.* 10. Item casum *l. ult. C. de Præt. pign.* de qua Menoch. *d. remed.* 12. Tum etiam casum *l. ultim. C. de adquir. poss.* de qua Menoch. *de recuper. poss. remed.* 14. [b] *l.* 1. §. *idem Labeo.* 29. *& l.* 3. §. *si quis autem, & §. seq. ff. h. tit.*

Alter

Alter modus est, si quis cùm de fundo aut de domo sua processisset, ne- 10
mine ibi relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi; sive quòd itinere detentus est, sive quòd occluso aditu prohibitus, sive quòd possessione occupata, cùm audisset illic armatos esse, territus non accessit. [a] Et ad hunc modum referendum putamus & illum, cui absentis vacua possessio, sine judiciali sententia ab aliquo occupata fuit. [b]

[a] *d. l. 1. §. sive autem 24. & §. vi possidere 28. & d. l. 3. §. si autem, ff. eod. tit.* Donell. *lib. 15. commentar. cap. 31. pag. 470.* [b] Per *l. ult.* ubi Donell. *C. unde Vi.* Propriè quidem vi dejectus dici non potest: verùm, quia dejectori violento similis est, qui vacuam possessionem absentis occupat, & q. vim facit, siquidem interdicto unde vi conveniatur, ut patet ex d. loco. ideoque & huc ipsum pertinere non absurdè dicimus. Vide Menoch. *de recuper. poss. remed. 13. ubi agit de alia l. ult.*

Tertius est modus, si quis cum in fundo aut ædificio sit, corpore quidem non dejiciatur, sed retentus & vinctus, ab occupante possessionem, 11
opus quoddam ibi facere cogatur. [a] Idem est, si quis non ipse, sed familia, per quam possidebat, retenta sit, & vincta opus facere jussa sit. [b]

[a] *d. l. 1. §. pen. ff. h. t.* [b] *d. l. 1. §. idem Vitruvius 46. ff. d. t.*

Ad dejiciendi modum & illud pertinet, quod quis vel per se aliquem de 12
possessione dejicit, vel per alium; [a] qualis etiam est, qui dejectionem ab alio factam ratam habet. [b] Quòd item quis dejicitur vel per semetipsum, vel per alios: Per se, cùm aut depellitur ipse de fundo, aut in fundum ingredi prohibetur, cùm priùs possideret: Per alios, si hi, per quos possidebat, dejecti sint; ut si procurator meus, vel colonus, vel inquilinus dejecti fuerint. [c] Quod denique dejicitur aliquis vi armata, vel sine armis. [d]

[a] *l. 1 in princ. & §. ait Prætor. 11. & 2. §§. seqq. l. 3. §. cum Procurator. ff. de Vi & Vi arm.* [b] *d. l. 1. §. sed & si quod, & d. l. 3. §. cum Procurator. ff. d. t.* [c] *d. l. 3. §. quod si Gus. 22. ff. eod.* [d] *l. 3. §. 2. & seqq. l. sed si 14. & ll. seqq. ff. d. t. l. momentaria 8. C. unde Vi.* Duaren. *lib. 1. disputat. cap. 20.*

Sequitur de remediis, quæ adversus hanc vim jure comparata sunt. Duo 13
autem adversus eam jure constituta sunt remedia; unum propria definitur authoritate; alterum idoneis continetur judiciis.

Propria authoritate rectè possidenti, ad defendendam possessionem, 14
quam sine vitio tenet, inculpatæ tutelæ moderatione, vim etiam armis propulsare licet.

l. 1. §. cum Vi repellere 24. & l. 3. §. eum igitur. 9. ff. de Vi & Vi arm. & l. 1. ubi Donell. *C. unde Vi.* De moderatione inculpatæ tutelæ, vide *Tractat. meum de jure belli & duelli, c. 9. pag. 185. & seqq.*

Neque solùm resistere alicui permissum est, ne dejiciatur, sed & si de- 15
jectus quis fuerit, eundem in continenti, non ex intervallo rursus dejicere licet.

d. l. 3. §. eum igitur 9. l. qui possessionem 17. ff. de Vi & Vi arm. Reichs Abschid zu Nürnberg/ *de Anno 1522. pag. 150. facte 2.* vide Tractatum *meum de bello & duello, lib. 2. cap. 8.*

Judicia idonea, quibus vindicamus vim nobis illatam, & possessionem 16
amissam recuperamus, alia edicto Prætoris, alia verò constitutionibus comparata sunt.

17 Ex edicto Prætoris est interdictum unde vi, quod recuperandæ possessionis interdictum dicitur, [a] ex cujus causa hodie utilis sive in factum actio competit; [b] quæ non in rem, sed in personam est actio, [c] & quidem pœnalis. [d]

[a] *d.l.1.§.1.ff.de Vi & Vi arm.l.1.§.est igitur ff.uti possid.§. Recuperandæ possessionis, Inst. de interdict.* [b] *§.ult.Inst.d.t.l.2.l.4.C.unde Vi,* [c] *per l.cum a te 7.ff.de Vi & Vi arm.* Donell. *lib.15. Commentar.cap.31.pag.473.in fin.* & Cujac. *in lib.4. Paul. ad edict.pag.412.col.2.* [d] Quia fructus & omnis utilitas in hanc actionem venit, non ex tempore litis contestatæ, sed ex die, quo quis dejectus est *l.1.§. non solum 41.ff. de Vi & Vi armat.* Item veniunt in hanc actionem etiam res alienæ, *d.l.1.§. quod autem 33.ff.d.t.* tùm etiam res quæ ad dejectorem non pervenerunt *d. l.1. §.rectissimè 34.& l.pen.ff.d.t.* ut proinde hinc pœnalis dici possit, Donell. *d. lib.15, c.31.pag. 472. Vers. Ex his, & ad l.3. & tres.seqq.nu.12. C.unde Vi.*

18 Hujus actionis natura in his locis spectatur; cui scil. detur, & adversus quositum intra quod tempus, & cujus rei gratiâ competat.

Donell. *ad l.2.n.1.in fin.C.unde Vi.*

19 Datur autem ei, qui vi possessione sua rei immobilis invitus dejectus est; [a] & quidem ita, ut nec per alium quendam possessionem retinuerit. [b]

[a] *l.1.§.1.3.4.5.6.& seqq.ff.de Vi & Vi arm.l.2.in princ.l.4.in princ.l.in Gaior.5.ubi si tamen Vi loca eadem, C.unde Vi.* Ad illustrandam hanc conclusionem confert *thesi 15. & aliquot seqq. cum fundamentis.* [b] *l.1.§. non alij autem 45.ff.de Vi & Vi arm.* ubi pro qui possidet, legendum esse qui non possidet, existimat Donell. *lib. 15. Comment.cap.31.pag.470. Vers. Nondum hæc.*

20 Unde colono & inquilino, ut qui non possident, [a] non competit, si de conducto prædio vel ædificio dejecti fuerint: [b] Fructuario tamen dejecto datur, [c] multò magis ergo Emphyteutæ & Vasallo. [d]

[a] *§.possidere 5. Instit. de interd. & l.officium 9. Vers. denique ff. de rei vind.* [b] *d.l.1.§. dejicitur & l.ult.ff.de Vi & Vi arm.* [c] *l.3.§. in id, & §.seq.d.t.* Competit usufructuario, non quòd verè possideat, sed quia adversarius non patitur eum uti, frui: Et quia non possidet, idcirco necesse fuit, ei specialius hoc interdictum dari. Donell. ad *l. si quis in tantum.7.num.3. Cod. unde Vi.* [d] Menoch. *de recuper.poss.Remed.1.quæst.5.*

21 Quòd si tamen absentis domini possessio inversa sit, & colonus, aut inquilinus, aut parens, aut propinquus, aut amicus, qui absentis loco possessionem tenuerunt, ejus nomine hanc actionem adversus dejectorem moveat, etiam sine mandato, & satisdatione de rato, admitti debet: Quinimò etiam servus ipsius domini absentis audiri jubetur.

*l.1.*ubi Donell. *& si per vim aut alio modo.* Sed an dominii exceptio obsteragenti hoc interdicto. vide Fachinæ. *lib. 8. controvers.jur. cap.10.* Et an spoliato obici possit exceptio alterius spoliationis, vide eundem Fachinæ. *dict.lib.8.cap.11.*

22 Datur verò adversus eum, qui ipse aut cujus familia dejecit, [a] etiamsi non possideat; [b] ut si fundus ab hoste occupatus sit, aut domus igne consumpta, & res mobiles, quæ ibi erant, casibus fortuitis interierint. [c] Non autem contra eum, qui non dejecit, etiamsi possideat. [d]

[a] *l.1.in princ.ff.de Vi & Vi arm. Quis autem ipse dejicere dicatur, expositum est supra in thesi 12.* [b] *d.l.1.§. ex interdicto 42.ff.d.t.* [c] *d.l.1.§. rectissimè 34. & l.pen.h.t.* [d] *l. cum a te 7.ff.eod. tit.* Fachinæ *dict.lib.8.cap.12.*

23 Et quamvis familia nec jubente, nec mandante, nec ratum habente domino dejecerit, attamen hoc interdicto sive in factum actione dominus tenetur;

netur, de eo lucro, quod ex hoc delicto percepit; [a] Et si ejus filius fam. aut mercenarius dejecerit aliquem, utili interdicto cõveniri poterit. [b] Quòd si nihil ad dominũ ex hoc servi delicto pervenit, noxali actione locus erit. [c]

[a] *l.1.in princ.§.ait Prætor.§.quod agitur ff.de Vi & Vi arm.* [b] *d.l.1.§.si filius fam. 20.ff.d. tit.* [c] *d.l.1.§.quod agitur ff.h.t. & l.1.ff.de noxal.act.*

Heredes quoque dejicientis, si quid ad eos ex hoc delicto pervenit, dolove malo eorum factum sit, quo minus perveniret, conveniri hac in factum actione possunt. 24

[a] *l.1.§.ult. & l.2.ff.de Vi & Vi arm.facit & l.in heredem.ff.de calumniatoribus.*

Datur autem hoc interdictum sive in factum actio intra annum, & eum utilem, [a] id est, intra trecentos & sexaginta quinq; dies, [b] quibus actor experiundi cum adversario potestatem habet. [c] Quæ tamen ad invasorem ex hoc delicto pervenerunt, horum nomine perpetua hæc est actio. [d] Est etiam perpetua, si absente domino interversa sit possessio. [e] 25

[a] *l.1.in princ.& §.annus.ff.de Vi & Vi arm. & l.2.C.unde Vi* [b] *l.annuculus non stat in 13.2 ff.de V.S.* [c] *l.1.ff.de diversi.& temp.præscript.1.in fin.ff. Ex quib.caus.major. l.ult.in fin. C.de rẽpor.in integr.restitut.l.4.ff.de Vi bon.raptor.l.1.ff.de incend.ruin.naufr.* [d] *l.1.in prin.l.3.§.in id. ff.de Vi & Vi arm.* [e] *l.1.Verſ.cui tamen, & Verſ.ſeq.* ubi Donell. *C.ſi per vim vel alio modo.* Sed an 30. annorum exceptio agenti obstet, vide Fach. *lib.8.contro.jur.c.13. ubi cum aliis id negat.*

Videamus cujus rei gratia hæc actio competat. Et quia recuperandæ possessionis interdictum est, competit ad restitutionem ejus, quod dejectus amisit. Tria autem hac restitutione continentur. Primùm res soli, unde quis dejectus est. puta, fundus vel ædificium. 26

§.recuperande, Inſt.de interdict.

Secundò res omnes mobiles, quas, qui dejectus est, ibi habuit, cùm dejiceretur, [a] non solùm propriæ, sed & alienæ, ut res illæ, quæ ei justa aliqua causa traditæ erant, puta, res commodatæ, pignoratæ, locatæ, depositæ. [b] Et licèt quid casu amiserit invasor, attamen in hanc restitutionem & pretium illius venit, mora scil. prædonis obligationem adversus eum perpetuante: [c] cùm & aliàs debitæ rei interitus, si post moram debitoris ea perierit, ad ipsum debitorem non creditorem pertineat. [d] 27

[a] *l.1.in princ.& §.ibi autem 37.& §.ſeq.ff.de Vi & Vi arm.* [b] *d.l.1.§. quod autem 33.ff.d.t.* [c] *d.l.1.§.rectiſſimè 34.& l.pen.ff.h.t.l.in re §.1.l.ult.ff.de condict.furt.* [d] *l.ſi ſervum 91.§.ſequitur, l.ſi ex legatis 23.& l.nemo 82.§.1.ff.de Verbor. Obligat.l.quod te.5.ff.de reb. credit.*

Si fundus aut ædificium, à quo vi expulsus sum, mihi restituatur, cæteræ verò res, quæ vi ablatæ sunt, non restituantur, dicendum est, interdictum. sive actionem in factum nihilominus tenere: quia verum est, vi me esse dejectum. Planè si quis velit de possessione quidem rei soli per hanc actionem experiri, de rebus verò mobilibus ad exhibendum, vel vi bonorum raptorum actione, potest hoc suo arbitrio habere. 11

d.l.1.§.ſi fundus 32.h.tit.

Cæterùm cùm omnia sint dejecto restituenda, quæ ibi fuerunt, unde dejectus est, quæritur, quomodo probari possit, quę res ibi fuerint? Et quia aut nulla aut certè difficilis fuerit hæc probatio, iccirco Zenoniana cõstitutione cautum est, ut dejecto & de numero earum rerum, & de æstimatione af- 29

firmanti jurato fides habeatur, judice priùs ei quantitatem taxante, pro personarum & negotij qualitate, ultra quam taxationem jurare non liceat: [a] quod jusjurandum tamen contrà dejectoris heredes non præjudicat. [b]

[a] *l. si quando 9. ubi* Donell. *C. unde vi, & c. ult. extra, quod met. caus.* [b] *l. 1. 2. 4. C. de in lit. jur.* ubi Cujac. *in Paratit. l. 4. §. 1 ff. de fidejuss. tutor. l. omnes pœnales 26. l. constitutionibus 33. l. secundum 58. ff. de Oblig. & act.* Mynsing. *Resp. 21. num. 89 & cent. 4. obser. 12.*

30 Tertium quod continetur hac restitutione, positum est in accessionibus prædictarum rerum; ut sunt tùm fructus ex eo tempore computandi, quo quis vi dejectus est, [a] & non solùm percepti, licèt inhonestè, [b] sed etiã quos dejectus [c] percipere honestè [d] potuisset: tùm etiam omnis utilitas, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, [e] quam utilitatem Paulus Jurisconsultus id quod interest appellat. [f]

[a] *d. l. 1. §. ex die quo quis 40 ff. de Vi & Vi arm.* Andr. Geil. *dict. lib. 2. obser. 75. num. 7 & segg.* [b] *l. ancillarum 27. in fin. ff. de rei vind.* [c] *l. 4. Cod. unde Vi, & l. sine Gen 62. §. ultim. ff. de Rei vind.* [d] *fructus 38 ff. dict. tit. l. generaliter 5. ff. de usur.* [e] *d. l. 1. §. non solùm, ff. de Vi & Vi arm. l. restituere 35. ff. de Verbor. signif.* [f] *in l. interdicto 6. & l. si Gen 15. ff. d. tit.* Donell. *lib. 15. Comment. cap. 31. p. 19. 472. lin. 30 & segg.*

31 Sed an is, qui hoc interdicto, sive actione utili convenitur, ulla exceptione & defensione tueri se possit, quo minùs possessionem restituat, quæritur potest? Et placet, nullã eum uti posse, etiamsi vi, clàm, aut precariò possederit actor, etiam ab ipso dejectore, sed ante omnia spoliatum esse restituendum.

§. Recuperandæ, Inst. de interdict. & l. momentaria 8. ubi Donell. *C. unde Vi, l. 1. §. qui autem 30. l. sed si Vi armata 14. ff. de Vi & Vi arm. c. in literis, cum 2. c. app. segq. extra de restitut. spoliat. c. redin. egrandæ 2. quæst. 1.* Andr. Geil. *lib. 2. obser. pract. 75. num. 2. & segq. & obser. 76.* Donell. *lib. 15. Comment. cap. 31. pag. 473.* Spoliatus siquidem ante omnia restituendus, licet prædo sit. Gabriel. *tit. de restitut. spoliat. lib 5. conclus. 1. ubi latè.*

32 Quòd si tamen spoliator exceptionem dominij spoliato objiciat, & hic in eam consentiat, [a] etiam tacitè, non replicando scil. contra exceptionem, [b] inquirenda veritas de hac exceptione erit; ut & si spontaneæ renunciationis exceptio opponatur. [c]

[a] *c. 1. extr. de restitut. spoliat.* Menoch. *de recuper. poss. remed. 1. quæ. §. 15.* [b] Vt enim actio non excluditur, nisi opponatur exceptio, sic nec excluditur exceptio, nisi opponatur replicatio, *per l. 2 ff. de excep.* Bart. *ad l. si quis ad se 5. in fin. num. 2. C. ad l. Jul. de Vi publ. & privat.* Menoch. *dict. quæst. 15.* [c] *c. 2. & 3. & ibi DD. extra, de Restitut. spoliator.* Menoch. *dict. Remed. 1. q. 27.*

33 Succedunt judicia, quæ constitutionibus adversus violentos possessores comparata sunt. Ex constitutione Valentin. Theodos. & Arcad. Impp. est condictio ex lege adversus eum, qui ante adventum judicialis arbitri violenter possessionem invasit; cujus pœna est amissio dominii, si rem propriã vi occupavit, vel præstatio æstimationis corporis rei occupatæ præter damnum actionis, si rem alienam invasit.

[a] *l. si quis in tantam 7.* ubi Donell. *C. unde Vi. 5. Ita tamen, Sect. ult. Instit. de Vi bon. rapt.* latè Menoch. *de recuper. poss. Remed. 9. per tot.*

34 Sed hæc actio, cùm ei soli detur, qui possessione dejectus est, [a] certè depositario

sitario à depositore, commodatario à commodatore, inquilino vel colono à locatore dejectis non competit. [b] Sed an fructuario contra proprietarium, si ab hac dejectus fuerit, concedatur, controversa est quæstio? [c] Negata sententia veritati proprior nobis videtur. [d]

[a] *d. l. si quis in tantam 7. ibi, qui in ea ipse possessionem, & ibi* Donell. *num. 3. C. unde vi.* [b] Depositarius enim, commodatarius, inquilinus, & colonus non possident, *l. ff. num 9. vers. denique. ff. de rei vindic.* [c] Vide Menoch. *dict. Remed. 9. num. 297. & segq.* [d] Tum quia fructuarius non possidet, sed proprietarius possidet fructuarium prædium, *§. idemphiteut. Inst. per quas person. cuiq; adquir. & secundum §. Item Gero. ff. Qui sit id. cog.* Tum quia *d. l. si quis in tantam 7. C. unde vi*, non modo nova, sed & pœnalis est, unde strictè accipienda. Atq; hanc sententiam tenet Donell. *ad dict. l. 7. C. d. t. num. 3.* sed obstare videtur, quòd fructuario competit interdictum unde vi, *l. 3. §. unde vi. ff. de vi arm.* Quod item fructuarius naturaliter possidere dicitur, *vel l. usurarum 12. ff. de adquir. vel amitt. poss.*

Non permittitur etiam hæc actio illi, qui servitute sibi constituta uti prohibetur à domino prædii. 35

Tum quia res incorporalis, ut est servitus, non possidetur *l. servus 43. §. incorporales. ff. de adquir. rer. dom. l. 3. in prin. ff. de adquir. vel amitt. poss.* sed quasi possidetur servitus, *l. ait Prætor 23. §. itemet. ff. ex quib. caus. major.* Tum quia dominus prohibens usum servitutis, nihil occupatum sibi tenet, Donel. *ad dict. l. si quis 7. num. 4. C. unde vi.* Vide quoq; Menoch. *dict. Remed. 9. num. 268. & segq.*

Quòd si conductor prædium conductum, vel qui precario fundum, aut domum tenet, eum fundum vel domum reposcenti domino reddere sine justa causa recuset, & in ea recusatione usq; ad sententiam perseveraverit, condictione ex lege Zenoniana conveniri potest, quâ æstimationem victrici parti, unà cum ipsa re præbere compellitur. 36

l. pen. ubi Donell. *C. unde vi* Vide Menoch. *de Recup. poss. Remed. 11. per tot.* Non quidem ex vi propria hæc est actio, sed ex quasi vi.

Non omittendum est hoc loco, quod is, qui rem sibi debitam sine vi, sua tamen authoritate; non conventis & consentientibus iis, ad quos ea res pertinet, occupavit, jus crediti amittit; etiamsi in ea causa aut rescripto Principis utatur, aut alicujus Judicis sententia. Quodq; tutores aut curatores minorum, si rem minoribus debitam eodem modo occupârint, collusione cum adversariis interposita, ut eo facto minores jure suo intercideren, deportantur, & simul eorum bona publicantur, indemnitate minoribus servata, qui tamen possessionem oblatam restituere jubentur. 37

l. meminerint 6. ubi Donell. *C. unde vi.* Menoch. *de recup. poss. Remed. 8. per tot.*

Sed nec illud hic ignorandum, quod dejector, sive spoliator violentus etiam judicio publico, ex lege Julia de vi publica, vel privata, pulsari potest. 38

l. 4. C. unde vi. §. qui autem aliquem. Inst. de interdict. §. item lex Julia de vi publica. Instit. de pub. jud. & tot. tit. C. ad l. Jul. de vi publ. & priv. & tot. tit. ff. ad l. Jul. de vi publ. & tot. tit. ad l. Jul. de vi priv.

Neq; illud hic prætereundum, quod jure novissimo dejiciens aliquem armata manu hominib. coactis, de possessione, vel quasi possessione, ex cõstitutionibus Impp. Maximiliani I. & Caroli V. item Ferd. & Maximil. II. ipso facto incidit etiam in pœnam pacis publicæ, quæ est bannum Imperii. 39

Reichs Abschied zu Wormbs *de Anno* 1495. *pag.* 24. *& seqq.* zu Augspurg *de Anno* 1500. *pag.* 46. *& seqq.* zu Wormbs *de Anno* 1521. *p.g.* 131. *& seqq.* zu Nürnberg *de Anno* 1522. *pag.* 146. *& seqq.* zu Augspurg *de Anno* 1548. *pag.* 43. *& seqq.* de quibus Andr. Geil. *lib.* 1. *& 2. de pace publica.*

40 Hactenus de vi, qua quis de possessione atrociter dejicitur: Sequitur modò de vi, qua quis in possessione, quam retinet, duntaxat impeditur: Ejus genera duo sunt; unum, quo quis non sinit possidentem eo, quod possidet, suo arbitrio & liberè uti: [a] Canonicum Ius, [b] & Dd. [c] vim turbativam appellant: Alterum genus est, quo quis alii in ejus possessione opere facto molestus est: [d] Canones, [e] & Dd. [f] vim inquietativam vocitant; cùm tamen & prior illa vis inquietativa dici posset. [g]

[a] *l. Vim facit* 11. *ff. de Vi & Vi arm. qua lex pertinet ad tit. ff. uti possid.* ut ostendit Donell. *lib.* 15. *comment. ar. c.* 32. *pag.* 477. & de hac vi est *l. sicut* 8. *§. Aristo, Vers. ult. ff. si ser. vind. l.* 1. *§.* 4. *& tot. tit. ff. & C. uti possid.* [b] *c. licèt, Vers. cùm ergo, ibi, à Vi turbati &c, extra de probat.* [c] Menoch. *de Recuper. poss. remed.* 42. [d] de hac vi est *tot. tit. ff. Quod Vi aut clam* [e] *dict. c. licèt, Vers. cùm ergo, ibi, Vel inquietati &c, extra. de probat.* [f] Menoch. *dict. loco num.* 43. [g] *per l. un. in fin. ibi, inquietaretur, ff. utrubi.* Vide Petr. Gregor. Tholosan. *in Syntagmat. mni Vers. jur. lib.* 36. *cap.* 25. *num.* 5. *& seqq.*

41 Prioris generis vis objicitur alicui, vel in possessione rei soli, [a] vel in rei mobilis possessione, [b] vel in possessione superficij, [c] vel in quasi possessione servitutis rusticæ. [d] Cujusmodi vis omnis rectè etiam inter maleficia numeratur. [e]

[a] *l.* 1. *§.* 1. *& §. pen. & tot. tit. ff. & C. uti possid.* [b] *l. un. ff. utrubi,* [c] *tot. tit. ff. de superfic.* [d] *tot. tit. ff. de tem. actuq; privat. & aliquot tit. seqq.* [e] vide Donell. *lib.* 15. *Comment. ar. cap.* 32. *in fin. & cap. seq. in fin.*

42 Quæ vis objicitur alicui in possessione rei soli, duos tractatus recipit; unum de modis, quibus alicui infertur: alterum de actione, quâ quis contra hanc vim se tueri potest

43 Duobus autem modis objicitur alicui hæc vis: sola scil. possessionis inficiatione, aut liberæ possessionis prohibitione.

Donell. *ad l. un. nu.* 10. *C. uti possid. & lib.* 15. *Comment. ar. c.* 32. *p.g.* 477. *Vers. objicitur.*

44 Sola possessionis inficiatione, cum in controversia proprietatis aliquis se possessorem dicit, & ita non patitur adversarium commodo possessionis in ea causa frui.

l. 1. *§.* 2. *hujus autem, & §. seq. ff. uti possid. §. Retinenda, Inst. de interdict.* Lanfranc. *ad Rubr. extra. de caus. poss. & propr. Vers. Nunc est transeundum, num.* 18. *& 19. pag.* 500.

45 Liberæ possessionis prohibitione objicitur vis dupliciter; Primò cum quis possessorem in suo prohibet quid facere eorum, quæ qui vis dominus in sua re potest facere; puta, serere, arare, ædificare, quid reficere: [a] Deinde cùm quis in re aliena instituit ipse quid facere, possessore invito. [b]

[a] *d. l. Vim facit* 11. *ff. de Vi & Vi arm. & l.* 3. *§.* 2. *hoc interdictum ff. uti possid.* Menoch. *de Retinend. poss. Remed.* 3. *nu.* 36. [b] *l. sicut* 8. *§. Aristo. in princ. & Vers. sed & interdictum ff. si ser. vind.* Donell. *ad dict. l. un. num.* 10. *Cod. uti possid. & d. lib.* 15. *cap.* 32. *pag.* 477. *& seq.*

46 Actio, qua quis contra hanc vim se tuetur, est interdictum uti possidetis, [a] sive utilis actio ex causa hujus interdicti: [b] qua vincit is, qui tempore litis

litis contestatæ possidet, [c] & maximè Iure Canonico, qui antiquiorem possessionem probat. [a] Circa hanc actionem spectamus, tum cui, & adversus quem detur: tum ad quid constituta sit.

[a] *tot. tit. ff. & C. uti possid.* [b] *§. ult. Inst. de interd.* [c] *§. sed interdicto, vers. hodiè tamen, Inst. d. tit.* [d] *c. licèt causam, extra de probat.* Menoch. *post alios, de retin. poss. remed. 3. n. 725. & seqq.*

Competit autem hoc interdictum illi, qui naturaliter vel civiliter [c] pos- 47
sidet rem soli; [b] sive possideat ut dominus, sive ut fructuarius, vel usuarius, [c] aut habitator. [d]

[a] *l. 1. in princ. §. est igitur, & §. penult. ff. uti possid.* [b] *l. 1. §. 1. & §. penult. ff. uti possid. & l. un. §. 1. ff. utrubi. & §. sed interdicto. Inst. de interdict.* [c] *l. ultim. ff. uti possid.* [d] *l. Aquilius. 27. ff. de donat.* Cujac. *ad l. 4. §. si viam. ff. de usurpat. & usucap.*

Idem de Vasallo, [a] Emphyteuta, [b] sequestro, [c] & creditore, [d] qui in pos- 48
sessione fundi feudalis, emphyteutici, sequestrarii, pignoratitij turbantur, affirmamus: [e] ut & de eo, qui molestatur in possessione prædii, quod precariò possidet. [f]

[a] Verè enim possidet Vasallus, *tit. 8. §. rei autem, & §. ultim. libr. 2. Feud.* [b] Hic similiter verè possidet *l. penultim. §. 1. ff. qui sut. sid. cog. d. si cum Semiter 66. ff. de Verb. l. 1. l. 4. C. de collat. fundor. patrim. l. 1. C. de mancip. & colon. patrim. l. 2. C. de omni agr. deserto. l. jus 11. C. de fund. patr. d. possessores 12. C. d. t. lib. 11. l. lex Sestigulis 31. ff. de pign. & hypoth. l. 1. in fin. ff. si ag. Sestig.* Borcholt. *de adquir. & amitt. poss. c. 2. nn. 13. pag. 63. sec. 2.* [c] Quoniam & hic verè possidet, cùm apud eum possessio deposita est, *l. interesse 39. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. licèt 17. §. 1. ff. depos.* [d] Itidem & hic possidet verè, *l. si de eo 40. in pr. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. pignori 13. ff. de usurpat. & usucap.* [e] Tum exemplo usufructuarii & usuarii, quibus datur hoc interdictum *l. ult. ff. uti possid.* tum quia hoc interdictum datur omni illi, qui rem soli possidet. *d. l. 1. §. 1. & §. penult. ff. d. t.* Menoch. post alios de his omnibus idem tradit, *tract. ut. de retinend. possess. remed. 3. nn. 81. & seq.* ubi de Vasallo agit *nn. 84. & seq.* ubi disserit de Emphyteuta, *nn. 93. & seq.* ubi scribit de sequestro, *nn. 60. & seq.* ubi tractat de creditore pignus possidente. Cujac. quoque de feudatario & emphyteutucario scribit, quod & his dandum sit interdictum. *in paratit. ff. de superfic.* [f] *per tex. in l. qui precario 17. ff. de precario.*

Ei tamen, qui vi, aut clàm, aut precario possidet ab illo, à quo turbatur, 49
non tribuitur: si ab alio hoc possideat modo, quàm à quo turbatur, poterit hoc movere interdictum.

l. 1. in princ. §. perpetuo, & §. ult. ff. uti possid. l. un. C. eod. tit. §. sed interdicto, Inst. de interdict.

Non conceditur etiam hoc interdictum, qui superficiem possidet, [a] licèt 50
Donellus aliter sentiat, [b] ut & Cujacius. [c]

[a] *l. 3. §. sed si supra, vers. cæterùm. ff. uti possid. & l. 1. §. proponitur. ff. de superfic.* [b] *lib. 15. comment. cap. 32. pag. 476. vers. etiam hoc loco.* [c] *ad l. 2. ff. de servitut. pag. 176. in princ.*

Quæritur de eo, qui in servitutis suæ rusticæ quasi possessione inquieta- 51
tur, an huic saltem utile hoc interdictum competat? Negamus. [a] Negamus idem de eo, qui in q. possessione servitutis urbanæ turbatur ab aliquo. [b]

[a] Cui speciale tribuitur interdictum, ei denegatur hoc uti possidetis interdictum *l. 3. §. sed supra, vers. cæterùm, ff. uti possid.* At quasi possessori servitutis rusticæ specialia conceduntur interdicta, *tit. ff. de itin. act. præd. & aliquot tit. seqq.* Ergo &c. Idé; sentiunt etiã Menoch. *de retin. poss. Remed. 3. n. 109. & seqq.* Donell. *ad l. un. n. 14. C. uti possid.* Cujac. *ad l. 4. §. si viam. ff. de usurp.* Wesenb. *in parat. ff. uti possid. n. 5.* Boccatius à Cingulo, *in tr. de interdict. uti possid. c. 1. n. 6. & c. 8. n. 3.* Atq; hanc negatam sententiam probarunt Adsessores supremæ Curiæ Wirtebergicæ in causa *Appellationis* von Calw *an. 94. 12. & 13. Decemb.* Dissentit præter alios Duar. *ad tit. ff. uti poss.*

uti possid per *l. quotiens* 20. *§. ult. ff. de serv.* cui consonare videtur *l. sicut* 8. *§. Aristo. ff. si serv. vind.* [b] Tum quia supervacuum est hoc interdictum de hac servitute, ut de qua petitorio experiri possumus, etiamsi non possideamus, *l. & si forte* 6. *§.* 1. *ff. de serv. vind.* & in qua tertius aliquis nullam possessionem sibi vindicare potest, siquidem ejus quasi possessio illius tantum sit, qui ipsam domum, cui debetur, possidet, *l.* 1. *in pr. l. edes me* 28. *ff. de serv. prad. urban. l.* 4. *in fin. l.* 5. *l.* 6. *ff. si serv. vind. l. si quis edes* 6. *in fin. prine. d. in traditis* 7. *§.* 1. *ff. com prad.* in tantum, ut nec locari alii possit, *l. locare* 44. *ff. locat.* Tum quia natura ostendit, uter sit hujus servitutis q. possessor. *d. l. & si forte* 6. *§.* 1. *l. sicut* 8. *§. sed si quaritur. ff. si serv. vind.* consentit etiam Donell. *ad l. un. num.* 14. *C. uti possid.* Dissentit post alios Menoch. *de retin. poss. remed.* 3. *num.* 5. *& seqq. & num.* 138. Marant. *dist. instit.* 7. *num.* 20. & Cujac. *in Paratit. ff. de fonte.* Althus. *in Dicaeolog. lib.* 3. *cap.* 18. *num.* 32. *& seq.* Rutg. Ruland. *de commissis part.* 3. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 4. *& seq. & cap.* 18. *num.* 2. Hilliger. *in Donell. enuel. lib.* 15. *cap.* 32. *lit. G. in fin.*

52 Anceps item quæstio est, de quasi possessione Iurisdictionis: Nos pro hac quoq; interdictum uti possidetis, etiam utile, jure civili comparatum esse negamus. [a] Idem nobis judicium est de quasi possessione juris percipiendi decimas ex fundis alienis, [b] aut vectigal vel alios reditus annuos. [c] Quamvis pro tuenda omnium prædictorum jurium quasi possessione, & communia Dd. [d] vota, & praxis ipsa, [c] interdictum uti possidetis reddat, non etiam si præstationes sint personales. [f]

[a] Tum quia hoc interdictum ei tantùm competit, qui rem soli possidet, non alii *l.* 1. *§.* 1. *& §. penult. ff. uti possidetis.* Neque usquam in jure nostro quasi possessori juris alicujus tribuitur; unde haud facile dicendum, huic quoque concedi, *per l.* 5. *in princ. ff. de probat.* Tùm quia difficiliter usufructuario & usuario tributum est à jure, quamvis hi possideant prædium fructuarium vel usuarium *l. ultim. ibi, puto dicendum. ff. uti possid.* Tùm quia, si jura utile interdictum uti possidetis largiri alicui voluissent, certe tribuissent illud possessori rei mobilis, & non concessissent huic speciale interdictum utrubi: quippè cùm hodiè in nullo alio discrepet hoc interdictum ab illo, quàm quod illud de re soli, hoc utrubi interdictum de re mobili competit. *§. sed interdicto, Vers. Hodie tamen. Inst. de interdict.* tribuissent idem etiam interdictum possessori superficii, neque speciale inveniissent interdictum de superficie: quippè cum hoc interdictum planè simile sit interdicto uti possidetis, & ejus exemplo introductum dicatur, *in l.* 1. *§. proponitur. ff. de superfic.* Tùm postremò quia jurisdictio illi soli competit, qui magistratum in loco gerit, aut cui ea nominatim est concessa, *l.* 1. *ff. de offic. ejus cui mand. est jurisdict. l.* 5. *l. eum* 13. *§.* 1. *ff. de jurisd.* ut proinde frustra hoc interdictum, quo disquiritur, uter ex duobus possideat, de ipsa quasi possessione jurisdictionis reddatur inter duos. Et licèt contentio sit de jurisdictione, quæ non personæ, sed ipsi loco cohæret: attamen seperatim neq; de hac jurisdictione interdictum uti possidetis redditur, quippè cum ille solus magistratus jurisdictionem eam possidere dicatur, cui locus ille subjectus est, *c. licèt. extra. de probat.* ut ideirco neque hoc casu opus sit interdicto uti possidetis. Aut ergo interdictum, uti possidetis, reddendum est de ipsius loci possessione sive subjectione, si de ea inter aliquos contentio sit, *d. c. licet. extra. de probat.* aut si constet, cujus sit magistratus possessio illius loci, & illi quispiam de jurisdictione litè moveat, non possessorio, sed petitorio agendum erit, quo docebit adversarius, qui ejus loci jurisdictionem sibi vendicat, ad se eam pertinere, etiamsi adversa pars magistratum ibidem gerat: quod petitorium, ut Dd. volunt, est utilis confessoria actio. Petr. Iacob Aurel. *in Aur. pract. libell. rubr.* 12. *nu.* 8. *&* 9. Emanuel Soarez. *in thesauro receptar. sent. in verb. actio confessoria, n.* 52. Br. *ad l. si Publicanus, §. in omnibus, n.* 3. *& ibi, in addit. ff. de Publican. &* Vestig. Satis superq; igitur ex prædictis patet, hoc uti possidetis interdictum, nec utile quidem, de jurisdictione competere: id quod sentit etiam Donell. *ad l. un. n.* 15. *C. uti possidetis* [e] per rationes tres priores *ad lit. A.* adductas; quibus & hæc addi ratio potest, quod jus percipiendi decimas nõ habet certam continuamque possessionem, quippe cum non continenter, sed in anno tantùm semel

decimæ

decimæ percipiantur: sicuti servitutum prædiorum rusticorum possessio certa & continua nō est, siquidem nō perpetuò & continenter quispiam illis utatur, *l. servitutes 14. in prin. ff. de servitut.* Interdicto autem uti possidetis experiri efficaciter qui vult, litis contestatæ tempore certò possidere debet, *§. sed interdicto, vers. ult. Inst. de interd.* Accedit hûc, quod si Iuri Canonico inhærere velimus, & dicere cum hoc interdicto vincere, qui antiquiorem & certiorem possessionem habet, *c. licèt ext. de probat.* mehercle palàm est & certum, possidere hunc, qui superioribus annis, & anno præsenti decimas percepit. Cum itaq; constet, uter possideat, nihil hoc interdicto opus est, ut quòd ideò redditur, ut manifestum fiat, uter possideat. *§. Retinendæ Inst. de interdict. l. 1. §. 2. & seqq. ff. uti possid.* Deniq; confirma hoc thema nostrum, quod interdictum uti possidetis, non modò possessionem rei soli desiderat, sed & possessionem rei, quæ possideri potest, *l. 1. §. pen. in fin. ff. uti possid.* sed jus percipiendi decimas, siquidem jus sit, & res incorporalis, possideri non potest. *l. 3. in pr. ff. de adquir. vel amit. poss.* [a] per fundamenta tria priora *ad lit. A. prius posita*, & eas rationes, quas modo ad lit. *B. adjeci.* Sentit idem Donell. *ad l. un. nn. 15. C. uti possid.* [d] vide Ferrar. *in forma libelli de turbat. poss. in verb. coram Cobio, nu. 3.* Menoch. *de retinend. poss. remed. 3. nu. 107. & seq. n. 115. n. 134. & seq. n. 137. & seq. &* Ioan. Schneidevvin. *ad §. retinendæ. Inst. de interdict. cap. de interdicto uti possidetis. nu. 19. & 25.* [c] quæ fulcitur *per l. sient. 8. §. Aristo. 5. ff. si serv. vindicetur.* vide prædicta in sententiis Camerę Imperialis *part. 2. pag. 434.* [f] ita communiter, & rectè sentiunt Dd. quos sequitur Menoch. *d. remed. 3. nu. 139. & seq.*

Non item utuntur hoc interdicto creditores, qui vel rei servandæ, vel custodiæ causa in possessionem missi sunt, eò scilicet, quod non possident. 53

l. 3. §. creditores, ff. uti possidetis.

Redditur autem hoc interdictum adversus eum, qui possessionis controversiam alicui facit, sed ita, si hic non possideat, aut possideat ab adversario vi, clàm, aut precario. 54

l. 1. §. ult. l. 3. §. hoc interdictum, & 55. seqq. uti possid. & §. sed interdicto, Inst. de interdict.

Constituta verò hæc actio sive interdictum est, duarū rerum gratiâ: una & præcipua hæc est, ut possessio retineatur; unde retinendæ possessionis interdictum appellatur; [a] altera, ut adversarius, qui vim facit, quò minus possideamus, damnetur in id, quod nostra interest, nobis vim factam non esse; [b] ejusq; nomine competit hoc interdictum intra annum utilem, ex quo vis fieri possidenti cœpit. [c] 55

[a] *l. 1. §. 1. & §. est igitur ff. uti possid. & §. Retinendæ Inst. de interdict.* [b] *l. 1. in princ. ibi. neq; plures quam quanti res erat, & l. si duo 3. §. ult. ff. uti possid.* [c] *l. 1. in prin. ff. d. tit.* Donell. *ad l. un. nn. 17. C. uti possid. & lib. 15. Commentar. cap. 32. pag. 478. lin. 46. & seqq.* ubi respondet *ad L. in honorariis. ff. de oblig. & actionib.*

Vnde qui hoc interdicto agit, posteaquam narravit possidere se rem soli, & in ea sibi controversiam & vim fieri ab adversario, [a] petit à Iudice declarari se possessorem, sibiq; condemnari adversarium, ut is tùm desistat à turbatione illa, tùm præstet, quanti sua interest quietam retinuisse possessionem, in quo continentur fructus & damna. [b] 56

[a] Hæc duo narratio libelli continere debet, Lanfranc. *ad rubr. extr. de caus. possess. & proprietat. vers. Nunc est transeundum, nu. 1. pag. 495.* Iohan. Schneid. *ad §. retinendæ, Inst. de interd. cap. De interdicto uti possidetis, num. 70. 71. 72. & 73.* [b] Lanfranc. *dict. loc. num. 2.* Ferrar. *in forma libelli pro turbata possessione, ad verb. ad cessandum & desistendum, nu. 1.* & Schneid. *d. c. de interdicto uti possidetis, nn. 79.* Donell. *ad l. un. nn. 21. C. uti possid.* Dn. D. Harprecht. *ad §. retinendæ 4. Inst. de interdict. num. 31.*

Interpretes & receptus usus ostendunt, illud quoque interdicto uti pos- 57

fidetis contineri, ut adversarius satisdationem actori præstet, de non turbando in futurum.

Bart. *ad l. un. C. uti possid.* & *ad l. Prius, nu. 3. ff. de nov. oper. nunciat.* Lanfran. *d. loc. nu. 2.* Ferrar. *d. num. 1.* & Ioan. Schneid. *d. num. 77.* Duaren. *lib. 1. disput. c. 21.* & Andr. Geyl. *lib. 1. observat. pract. obser. 116.* per text. *in l. un. C. uti possideris.* Vide sententias Cameræ Imperialis *part. 2. pag. 434.*

58 Verùm hanc sententiam à theorica veritate alienam esse, Cujacius [a] & Donellus [b] rectè adserunt.

[a] *ad tit. 11. de satisd. lib. 1. sententiæ Paul.* [b] *ad l. un. nu. 20. C. uti possid.* Fachin. *lib. 8. controv. 14.* Hilliger. *in Donell. enucleat. lib. 15. cap. 32. lit. p.* Petr. Frider. *d. interdict. tit. 7. cap. 2. nu. 6.* & 7. Aliorum item sententium meminit Menoch. *de retinendæ possess. remed. 3. num. 811.* & *segq.* Comprobat hanc sententiam Everhard. Bronchorst. *cent. 4. casu 9. assert. 25.*

59 Quod attinet officium Judicis in hoc interdicto, postea quam actor possessionem & turbationem probavit, [a] incumbit ipsi judici, ut actorem declaret possessorem: [b] reum item condemnet, ne in futurum possidenti vim faciat, sive turbet eum in possessione, [c] tum condemnet ipsum in id, quanti interest victoris, vim ei factam non esse: [d] tùm etiam ut secundùm receptum usum satisdationem victori, de non turbando ipso in futurum, præstet. [e]

[a] Hæc enim duo probare tenetur actor; Ferrar. *in form. libelli de turbata possessione, ad verb. Hedie tenens & possidens, nu. 1.* Lanfranc. *supra dict. loco nu. 4. pag. 496.* [b] *supremus. l. & ex decreto. 25. §. 1. ibi. Index sententiando declarabit meum esse, ff. de rei vindicat. & l. sicut 8. §. ut stipulatio, ibi, sed, quæ est. declaratio, ff. si ser. vindic.* [c] *l. 1. in princip. & §. Est tenetur. 4. ibi, ne eas fiat ei. & vero tertio. ff. uti possid.* [d] *l. 3. §. ultim. ff. dict. tit.* [e] De qua satisdatione diabus *Thesibus* præcedentibus.

Solet autem sententia concipi hac plerunque forma, In sachen A. zu B. Klägern eins/ gegen und wider C. vom D. Beklagten anders Theils/ ist nach allem fürbringen in Recht erkennt/ daß gemeltem C. vom D. nicht gezimbt noch gebührt habe/ gedachten Klägern in seiner *Possession, vel quasi*, der Gerechtigkeit/ &c. beklagter massen zu turbiren/ noch verhindern/ und daß er darvon abzustehen/ und den Klägern hinfüro in angezogner Gerechtigkeit unturbiret/ und unverhindert zulassen/ und derhalben genugsame *Caution* zuthun/ darzu jhme die auffgelauffene Kosten und Schäden/ auff Rechtliche mäßigung zuerstatten schuldig sey. Doch jhme Beklagten sein Gerechtigkeit und Spruch ob er einige zuhaben vermeinte/ wie sich im Recht gebürt/ *in petitorio* außzuführen unbenommen/ sondern vorbehalten seyn solle. Sed hæc reservationis clausula non semper adnexa sententiæ solet. Sufficiens cautio illa vel est fidejussoria, vel pignoratitia *l. 1. §. rubet, ff. de collog. l. 4. §. Addict. ff. de judicem. missi. libertat.* Bart. *ad dict. l. Prius, nu. 13. ff. de nov. oper. nunciat.*

60 Quòd si uterque litigator ita probarit possessionem, ut non videat judex, uter eorum revera possideat, tum alteri alterum non condemnat, [b] sed pronunciat, ut ita possident, ita possideant, [c] tum etiam simul desiderat, [d] ut reus [c] conventus vel satisdet actori de re conservanda, id est nihil se deterius in re facturum, [f] & præstita hac cautione solus rem possideat; vel hanc satisdationem ab actore accipiat & in eum possessionem suam transferat, ut ita ad petitorium deveniant, & cujus petitoris, alter possessoris partes sustineat. [g]

[a] Interdictum uti possidetis est duplex, id est, uterque litigator in eo Actor & Reus est: uterque sibi possessionem rei, de qua agitur, adserit: uterque possessionem suam vocat: uterque

que se magis possidere affirmat, adversarium autem possidere negat *l. 2. in princ.* ubi Cujac. *ff. de interdict. & l. 1. §. inter litigatores, ff. uti possid.* Vnde uterque etiam possessionem probat, *l. 2. & l. 5. ff. de probat. l. quæritur. 14. ff. de Carbon. Edict.* [h] *l. 3. in prin. ibi, neuter nostrûm tenetur. ff. uti possider.* vide Cujac. *lib. 5. observat. cap. 22.* [i] *l. 1. in fin. & l. 3. in principe. ff. uti possid. l. un. ibi.* uti possidetis *fundum de quo agitur, cum* ab altero *nec vi, nec clam, nec precario possideris*, Rector provinciæ vim fieri prohibebit. *Cod. uti possidetis, &* ibi Donell. *numer. 22.* idem Donell. *lib. 15. Commentar. cap. 32. pag. 479. Vers. Quid ergò.* Facit hûc, quod judex secundum deducta in judicio judicare debet, *l. in fundis 18. ff. commun. divid. c. sapè, 5. Verùm, ibi, juxta petitionis formam pronunciatio sequi debet, tit. de Verb. signif. in Clement.* Cùm igitur hic uterque litigator sit actor, & uterque possessionem probârit, utrique etiam judex possessionem adjudicare tenetur. Quæ huic pronunciato obstare videntur, ea dilui idem Donell. *ad dict. l. un. nu. 24. C. uti possid.* [k] Iudicem desiderare ut hæc satisdatio fiat, eamq; necessariam hic esse, patet *ex d. l. un. ibi*, SATISDATIONIS FORMA SERVATA COGNOSCET. *C. d. tit.* qui duo ablativi tùm conditionem inducunt, ut & alibi, quæ pro forma & solennitate non levi habetur, proindeq; ad unguem servanda, Borcholt post alios *de feud. cap. 3. num. 8.* & [l] tùm adjecti verbo COGNOSCET, necessitatem hanc ipsi judici imponunt, & demonstrant, quomodo judex cognoscere de proprietate debeat, scilicet prius exacta illa satisdatione, quippè cùm qualitas adjecta dispositioni, præsumatur adjecta causâ demonstrationis *l. ultim. §. Titia. in fin. ff. de liberat. leg.* Bartol. *ad l. cum pater, 77. §. mensæ, ff. de Leg. 2.* Iason *ad L. Centurio, 15. nu. 51. & ibi* Ripa. *nu. 140. ff. de Curat. & pupill. substit.* Menoch. *cons. 106. nu. 100. lib. 1.* Et quia judex jubetur etiam de proprietate rei cognoscere, *in d. l. un. C. uti possid.* De hac autem cognitio fieri non possit, antequam certum sit, uter ex litigatoribus possideat, *l. ordinarij 13. C. de rei vind. l. 3. C. de interdict. l. si quis. ff. fin. regund. l. exactus, ff. de adquir. vel amitt. poss. l. 3. §. 2. ff. uti possid. & §. Retinendæ. Inst. tit. de interdict.* certè necessario hic satisdationis modus adhibendus est, ut possessor certus constituatur. [m] Etsi interdicto uti possidetis uterque litigator sit actor, *d. l. 2. in prin. ff. de interd.* attamen ratione processus, is maximè actor intelligitur, qui ad judicem provocavit, alter verò reus *l. 2. in fin. ff. commun. divid.* Reo autem, qui etiam possidere in proposito casu videtur, prius offerenda est hæc satisdatio, ut patet ex Iul. Paulo *libr. 1. sentent. tit. 11. in princ. l. 5. in pr. ff. de petit. hered. l. de bona. 6. §. ult. ff. de Carbon. edict. l. ex libere, 15. §. ultim. ff. de quæst.* [n] Hanc esse satisdationem, de qua agitur, *in d. l. un. C. unde possid.* convincitur ex hoc Asconii, *in 2. Act. in Verrem*; Vindiciarum lis est, cum litigator de ea re apud Prætorem, cujus incertum est, quis debeat esse possessor, & ideo qui eam tenet, satisdet pro prædè vindiciarum, adversario suo, quo illi satisfiat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est. Et de hac satisdatione accipit quoque *d. l. un. C. uti possid.* Cujac. *ad d. tit. 11. lib. 1. Paul. sentent.* & Eguinar. Baro *lib. 6. manuall. de interdict. uti possidetis. pag. 194.* At Donell. *ad d. l. un. C. uti possid. nu. ultim. & lib. 15. comment. cap. 32. pag. 480.* interpretatur, *d. l. un.* de satisdatione judicatum solvi. [o] *d. l. un. C. uti possid.* quam legem & Donellus ibidem, *ut & dict. cap. 32. interpretatur.* At Cujacius *ad Iul. Paul. dict. lib. 1. cap. 11.* interpretatur eam legem de casu, quo unus tantùm hoc interdicto superior fuit. Veteres autem quos etiam sequutus fuit Duaren. *libr. 1 Disputat. cap. 21.* explicant istum locum de casu, quo reus succubuit, actor vicit; & tradunt, victori reum præstare satisdationem teneri, per se ut posterum non fieri, quò minùs victor in futurum possessione liberè uratur. Atqui horum sententia hæc prosternitur alternatione illa, VEL TRANSFERENDAE, quæ est *in d. l. un. Cod. uti possidet.* Argumenta quibus utuntur, refutant Cujac. *ad dict. tit. 11. libr. 1. sentent. Paul.* Eguinar. Baro *dict. lib. 6. manual. pag 194. & seq.* & Donell. *ad dict. l. un. numer. 20. Cod. uti possid.* Est & illud hic monendum, quod alii interpretantur *in dict. l. un. Verba hæc*, VEL TRANSFERENDAE POSSESSIONIS de sequestratione possessionis, quos refert Menoch. *dict. Remed. 5. numer. 742.* & inter hos est etiam Robert Aurel. *libr. 3. sentent. cap. 21.* Quodque alia etiam Interpp. judicia sunt de judicis officio, in casu, quo dubium est, uter ex litigatoribus rem possideat, ut ostendit Menoch. *d. Remed. 5. nu. 743. 748. 755. 771. 702. & 775.*

61 Hæc de vi turbativa, quæ objicitur possidenti rem soli; Quæ infertur possessori mobilis rei, hoc duntaxat ab illa differt, quod hæc aliam actionem possessori turbato tribuit, puta, INTERDICTUM UTRUBI, [a] quo etiam interdicto hodie vincit ille, qui tempore litis contestatæ rem nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario possidet, licèt ab alio ita possideat. [b]

[a] *l. un. C. ff. utrubi, & §. retinendæ, & §. sed interdicto, Inst. de interdict.* Menoch. *de retinend. poss. remed. 2.* [b] *d. §. sed interdicto vers. hodie tamen Inst. d.t.*

62 Interdicturus utrubi, etiam ad exhibendum agere potest.

l. 3. §. sed etsi quis 5. juncto §. Pomponius, ff. ad exhib. Cujac. *lib. 5. obs. cap. 23.*

63 Quæstio hic anceps. [a] incurrit, an qui hoc utrubi, vel illo uti possidetis interdicto agit, cumulare cum alterutro petitorium possit? Negativæ patrocinium pollicemur, si purè utrumq; proponatur; [b] Idem & affirmativæ non denegamus, [c] si sub alternatione proponatur utrumque. [d]

[a] Vide Menoch. *dict. remed. 3. quæst. 66. nu. 511. & seqq.* Lanfranc. *ad Rubr. extr. de caus. poss. & propr. vers. His ita expeditis. num. 12. & seqq.* Zas. *ad d. §. si minus, Inst. de act.* & Donell. *ad l. 3. C. de interdict.* [b] *l. incerti. 3. C. de interdict. l. ordinarii, 13. C. de rei vind. l. 2. C. quorum bonorum.* [c] *l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de adquir. vel amitt. poss. l. 1. §. quia autem. 4. ff. quod legator. l. 16. C. de inoffic. testam. c. cum dilectus. 6. extra de caus. poss. & propr.* [d] *l. 1. §. quia autem, ff. quod legator. & l. conven. C. de inoffic. test.* vide Bart. *ad l. 1. C. de furt* Cujac. *lib. 7. obser. cap. 38. & in lib. 26. quæst. Papin. pap. 41. & seq.* Velenb. *cons. 7. n. 2. part. 1.* vide Fachineum, *lib. 8. controvers. cap. 6.* Joh. Borcholt. *in comment. de adquir. vel amitt. possess. cap. 8. nu. 48. & seqq.* Petr. Frider. Mindan. *de interdict. cap. 20. 21. & 22. pag. nu. 321. & seqq.*

64 Quòd attinet vim, quæ superficiario in superficii possessione objicitur, videndum primò, quid superficies, quis item superficiarius: tùm quomodo jus superficii adquiratur, & quæ potestas in eo data sit superficiario: tùm etiam quæ actio superficiario competat, si in superficii possessione ab aliquo turbatur.

65 SUPERFICIES EST, quod supra solum ædificatum, [a] vel solo implantatum, aut in eo satum est, ut, seges est superficies campi frumentarii, & vinea soli, [b] Eodem quoq; sensu dicitur superficium, [c] sicut ædificium, quamvis aliud sit superficium, aliud ædificium, siquidem ædificium comprehendat & superficium & solum; [d] & ejusmodi jus habendi superficiem in solo alieno est servitus quædam, [e] quam qui habet, superficiarius appellatur, [f] qui quasi inquilinus est. [g]

[a] *l. ultim. ff. de superficieb.* [b] *l. certo generi, 13. ff. de serv. rust. præd.* [c] *l. si ex lasdicinia. 32. ff. de jur. dot.* Cujac. *ad l. unus ex dominis, 2. ff. de servitut.* [d] *l. cum quæsitum. 23. ff. de usufr. ear. l. solum 49. ff. de rei vindic.* [e] *l. si tibi 86. §. ult. ff. de leg. 1.* Cujac. *in libr. 19. Paul. ad edict. pag. 268. in lib. 21. pag. 333. col. 3. & ad l. 2. ff. de servitut.* [f] *l. 1. §. si autem, 4. ff. de superfic.* [g] *l. 3. §. pen. ff. de novi oper. nunc.*

66 Hoc autem jus comparari solet in alieno solo, vel emptione, vel conductione, [a] certa mercede domino constituta, quod solarium appellatur. [b] Et si constitutum fuerit hoc jus in perpetuum, vel ad tempus non modicum, tùm superficiarius ipsi superficio imponere servitutem potest, & personalem & realem; [c] potest item alii tradere, legare, donare. [d] Quin etiam datur superficiario non modò vindicatio servitutum superficiei debitarum, [e] sed & actio

& actio in rem, [f] etiam publiciana, [g] quâ à possessore suam superficiem vindicet.

[a] *l. 1. §. 1. & §. si solo. ff. de superfic.* [b] *l. Prætor ait. 2. §. si quis, nemine. ff. ne quid in loc. publ. l. etiam superficies 15. ff. qui pot. in pign. hab. l. cum servus 39. §. heres. ff. de leg. 1. l. usufructu 7. §. habentes, ff. de usufruct.* ubi malè legitur SALARIUM pro SOLARIUM; [c] *l. 1. ff. quibus modis usufr. amitt. l. 1. §. ultim. ff. de superfic. Non modo cum tempus est, tempus* 10. *vel* 20. *annorum, vel quamdiu voluerit superficiarius.* Cujac. *in libr.* 21. *Paul. ad edict. pag.* 333. *colum.* 2. [d] *l. 1. §. sed & reali, ff. de superfic.* De membris hujus thes. vide quoque Menoch. *de retinend. poss. remed.* 4. [e] *d. l. 3. §. ult. ff. de oper. nov. nunc.* [f] *d. l. 1. §. 3. & 4. de superfic.* [g] *leg. cum sponsus* 12. *§. in gentilibus, ff. de public. in rem actione.*

Actio, quâ superficiarius in possessione superficij contra vim turbativam se tueri potest, est interdictum de superficie: quod distinctum quidem est ab interdicto uti possidetis, [a] sed ejus exemplo est propositum, proindeque, ut illud, duplex est. [b] 67

[a] *l. 1. §. sed si supra ædes, vers. Cæterùm, ibi. superficiario proprio interdicto, ff. uti possid.* [b] *l. 1. §. proponitur. ff. de superfic.*

Et quia hoc interdictum exemplo interdicti uti possidetis comparatum est, iccirco superior in eo erit ille, qui tempore litis contestatæ superficiem nec vi, nec clam, nec precario possidet, [a] & maximè Iure Canonico, si ejus possessio fuerit antiquior. [b] 68

[a] *§. sed interdicto, vers. hodie autem. Instit. de interdict.* [b] *c. licèt causam, extr. de probat.*

In quæstionem autem vocatur, an qui hoc interdicto agit, justæ possessionis causam probare teneatur, nec ne? Nos probata Bartoli distinctione, [a] id negandum putamus, si superficiarius contra tertium agat; affirmandum verò, si experiatur contra ipsum dominum soli. [b] 69

[a] *add. l. 1. §. proponitur, ff. de superfic.* quam refert Menoch. *de retin. poss. remed.* 4. *num. penult. & ultim.* [b] per text. *in l. 1. §. 1. ff. de superfic. & in l. 1. in fin. ibi, ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat. Et d. §. in princ. ibi, tu vi, aut clam, si is me possidet. superior sum interdicto, ff. uti possid. junct. dict. l. 1. §. proponitur. ff. de superfic.* Et secundum distinctionis membrum primum, exaudiendus fortassis est Eguinar. Baro. *lib.* 6. *manual. tit.* 18. ubi generaliter scribit, non exigi à superficiario probationem justæ causæ possessionis.

Sequitur de vi, quæ objicitur illi, qui quasi possidet [a] servitutem rusticam; veluti iter, actum, viam, [b] aquæ ductum, [c] aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum; [d] tùm etiam, qui quasi possidet servitutem urbanam cloacæ; [e] quarum servitutum quasi possessio in usu earum consistit; [f] & interdicta, quæ ipsarum nomine competunt, ad prohibendam vim, & retinendam quasi possessionem, interdicta veluti possessoria à Javoleno Iureconsulto appellantur. [g] 70

[a] Servitutum quasi possessio est, *l. si quis diuturno* 10. *ff. si serv. vind.* [b] *tot. tit. ff. de itin. act. priv.* [c] *tot. tit. ff. de aq. cottid. & æstiv. tot. tit. ff. de Rivis.* [d] *l. un. ff. de fonte.* [e] *tot. tit. ff. de cloacis.* Ius cloacæ immittendæ est servitus prædij, non hominis, *l. jus cloacæ 7. ff. de serv.* & quidem urbana, si ex ædib. in ædes pertineat, Gajus *lib.* 2. *Instit. tit.* 1. *§. prædiorum urb. movum.* Est crimen servitus quæque rustici prædij ex Neratij sententia, *l.* 2. *in princ.* ubi Cujac. *ff. de serv. prad. rust.* [f] *L. quæst. 1. ff. de servitut.* [g] *d. l. quæstus, ff. d. t.*

Quasi possidenti iter, actum, aut viam, duo interdicta prohibitoria à ju- 71

re tributa sunt: unum de retinendo usu itineris, actusque privati, & viæ: alterum de itineris: actusque refectione.

[a] *l. 1. ff. de itinere actuq. priv.* [b] *l. 3. §. ait Prætor & §. seq. ff. d. tit.*

72 Prius datur illi, qui hoc anno ejusmodi servitute usus est, [a] & quidem suo jure, [b] modò nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario sit usus, etiamsi non eo tempore, quo agitur interdicto, sit usus, si tamen non paucioribus quàm triginta diebus sit usus. [c]

[a] *d. l. 1. in prin. & §. 2. & seqq. ff. de itin. actu priv.* [b] *l. ult. ff. d. t.* [c] *d. l. 1. §. 2. ff. eodem tit.* De hoc interdicto varias quæstiones cumulavit & resolvit, Menoch. *de retin. poss. Remed. 5.*

73 Posterius interdictum de refectione itineris actusque competit ei, qui per vim impeditur, quò minùs iter actumque suum reficiat, modò nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario usus sit, [a] & jus reficiendi habeat, id est, ut servitus ei debeatur, [b] nec quicquam contra legis impositæ servitutis faciat, [c] tum etiam damni infecti adversario caveat. [d]

[a] *l. 3. §. ait Prætor, & §. seq. ff. de itin. act. priv.* [b] *d. l. 3. §. hoc autem ff. d. t.* [c] *d. l. 3. §. fieri autem ff. eod. tit.* [d] *d. l. 3. §. ait Prætor, ff. d. tit.*

74 Quasi possidenti aquæductum duo genera interdictorum comparata sunt, unum de usu aquæductus, alterum de refectione ejusdem. De usu aquæductus tria interdicta competunt, primum De Aqua Cottidiana, ut quæ assiduè dari potest & solet, [a] alterum De Aqua Æstiva, quæ aut natura sua duci non potest, nisi æstate, aut æstate tantùm duci locis, in quæ ducitur, expedit, [b] tertium De usu Aquæ, ex Castello ducendæ, id est, ex receptaculo, quod aquam publicam suscipit. [c]

[a] *l. 1. in princip. & §. 2. & l. de interdicto ff. de aqu. cottid. & æstiv.* [b] *d. l. 1. §. 2. & §. deinde ait, & §§. seqq. ff. eod. tit.* [c] *l. 1. §. ait Prætor 38. & §§. seqq. ff. dict. tit.* De tribus his edictis vide late differentem Menoch. *de retin. poss. Remed. 6.*

75 Interdictum De Aqua Cottidiana datur ei, qui aquam hoc anno nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario ex fluminis, aut fontis, vel lacus capite duxit, ad hoc, ne illi vis fiat, quò minùs ita ducat.

d. l. 1. in princ. & §. hac interdicti 37. & §. seq. ff. dict. tit.

76 Interdictum De Aqua Æstiva tribuitur illi, qui æstivam aquam priori æstate nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario ex fluminis, aut fontis, aut lacus capite duxit, ad hoc, ne vis ei fiat, quò minùs ita eam aquam ducat.

d. l. 1. §. deinde ait Prætor, junct. §. hac interdicta, & §. seq. ff. eod. tit.

77 Interdictum de usu Aquæ ex Castello ducendæ, competit ei, cui ducere permissum est ab eo, cujus ejus rei jus fuit, ad hoc, ne ei vis fiat, quò minùs ita, ut permissum est, ducat.

d. l. 1. §. ait Prætor, quo ex castello, ff. d. t.

78 De refectione aquæductus interdictum conceditur illi, qui hoc anno nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario aquam duxit, si rivos, specus, septa, aquæducendæ causa reficere, purgare impediatur, ad hoc, ut adversarius à vi illa desistat, modò actor non aliter aquam ducat, quàm uti priùs duxit.

l.1. & tot. tit. ff. de riv. De hoc etiam interdicto fusiùs edisserit Menoch. *de retinend. poss. Remed. 7.*

Qui hoc interdicto utitur, de damno quoque infecto cavere adversario 79
tenetur.

l. 3. §. pen. ff. de Riv.

Quasi possidenti aquæ haustum, & pecoris aquam appulsum, si ei vis in 80
quasi isthac possessione objiciatur, duo interdicta tribuuntur: unũ de usu FONTANÆ AQUÆ, ALTERUM DE FONTIS REFECTIONE. Prius competit ei, qui fonte, puteo, piscina, lacu, ad aquam vivam hauriendum, eaque utendum hoc anno nec vi, nec clàm, nec precario ab adversario usus est, si aquam haurire, vel pecus ad aquam appellere prohibeatur, ad hoc, ut adversarius deinceps vim facere desinat.

l. un. in princ. & §. 1. 2. 3. 4. & 5. ff. de fonte. De hoc interdicto vide Menoch. *de retinend. poss. Remed 8.*

Posterius interdictum conceditur illi, qui hoc anno nec vi, nec clàm, nec 81
precario superioribus aquis ab adversario usus est, si fontem, lacum, puteum, piscinam purgare, reficere prohibeatur, ad hoc, ut adversarius ab hoc suo impedimento abstineat, dum non aliter actor aqua utatur, quàm priùs ea fuit usus.

d. l. un. §. Deinde ait Prætor. & §§. seqq. ff. de fonte.

Paucis jam de vi, quæ possidenti cloacam objicitur. CLOACA est locus 82
cavus, per quem colluvies aliqua fluit, [a] cujus appellatione etiam tubus & fistula continetur; [b] Eaque duplex est, publica & privata. PUBLICA, per quam publicæ sordes fluunt. [c] PRIVATA, quæ à nostris ædibus immittitur. & pertinet ad ædes alienas. [d]

[a] *l. 1. §. cloaca. ff. de cloac.* [b] *d. l. 1. §. cloaca 6. ff. eod. tit.* [c] *d. l. 1. §. pen. & ult. ff. d. tit.* [d] *l. ult. cloaca 7.* ubi Cujac. *ff. de servitut.*

Quòd si possidenti jus cloacæ privatæ vis fiat, à vicino etiam ulteriore, ad 83
cujus ædes pertinet, quò minùs eam purgare, reficere possit, interdicto se tueri potest; modò damni infecti nomine adversario caveat, si in ipsius ædes veniendum sit, & pavimenta, purgandæ cloacæ gratia, rescindenda.

l. 1. in princip. & §. 2. 3. 5. 8. 10. 11. 12. & 14. & l. 2. ff. de cloac. Cœpol. *de serv. urb. prad. cap. 48. num. 13.*

Et quia cloacæ purgatio & refectio, ad publicam utilitatem & salubrita- 84
tem civitatum spectare videtur, siquidem & cœlum pestilens, & ruinas minantur immunditiæ cloacarum, iccirco hoc interdicto experiri potest etiam ille, qui vi, clàm, aut precario cloacæ usum habet.

dict. l. 1. §. 12. & §. quia autem 7. & l. ult. ff. dict. tit. Cœpol. *dict. cap. 48. nu. 5.*

Ex eadem causa & illi interdictum datur, qui quòminùs privatam suam 85
cloacam in publicum immittat, prohibetur: aut prohibetur quo minus privatam faciat cloacam, ut exitum habeat in cloacam publicam; [a] Novam tamen cloacam in publico qui facere vult, ejus primùm, cui viarum publicarum cura est, licentiam impetrabit. [b]

[a] *dict.*

[a] *dict. l. 1. §. idem Labeo ff. eodem tit.* [b] *l. ultim. ff. dict. titul.* Cœpoll. *dict. cap. 48. num. 4.*

86 Sed quo juris remedio se tueri quis possit, si uti prohibeatur cloaca, quam in proprijs habet ædibus, aut in ædibus alienis, quæritur? Et quòd interdicto uti possidetis usum cloacæ in proprijs quam habet ædibus defendere queat,[a] jure ædium suarum, quarum pars est cloacæ locus, arbitramur,[b] sed quam habet alienis in ædibus, actione confessoria retinere possit,[c] non interdicto uti possidetis, sentimus.[d]

[a] Donell. *lib. 15. comment. cap. 32. pag. 481. Vers. cognitio interdicto.* [b] *l. eum qui 23. ff. de usurpat. & usucap.* [c] Donell. *lib. 15. commentar. cap. 33. pag. 486. lin. 4. & segq.* [d] *l. 1. in princ. Vers. de cloacis, ff. uti possid.* possessio cùm sit certa, nullum de ea potest esse judicium possessorium. Certum autem est, quod locum cloacæ possideat is, in cujus ædibus est, *l. 4. in princ. ff. si serv. vind.*

87 De publica item cloaca comparatum est restitutorium interdictum adversus eum, qui quid in cloaca publica factum, sive quid in eam immissum habet, quò usus ejus deterior sit, fiat, ut id restituat.

d. l. 1. §. pen. & ult. ff. de cloac.

88 De hinc nobis edisserendum de vi, quam vocant inquietativam,[a] quæ est delictum,[b] quod committitur opere vi aut clàm facto in alicujus solo proprio, vel cujus duntaxat possessionem sive usum habet, cujusque nomine comparatum est interdictum, quod vi aut clàm.[c]

[a] *gl. ad l. exstat 13. in verb. non habebit, & ibi Bart. ff. quod met. caus.* Menoch. *de recup. poss. in prælud. num. 43.* [b] *per l. 3. in princ. ibi, ergo facto magis suo delinquentis, quam alieno adquiritur mihi actio, & l. semper 14. §. si in sepulchro, ff. quod vi aut clam.* Facit item huc, quòd interdictum ex hac vi, quod competit, concurrit cum interdicto uti possidetis, *l. de pupillo 5. §. memineris. Vers. & si fortè, ff. de oper. nov. nunc.* Interdictum autem uti possidetis est ex delicto, ut suprà suo loco ostensum fuit. Denique hanc tenet sententiam Donell. *dict. lib. 15. cap. 34. pag. 494.* [c] *tot. tit. ff. quod vi aut clam.*

89 Duplex autem inspectio circa hoc interdictum incurrit: una de causa hujus interdicti: altera de ejus effectu & potestate.

90 Causa hujus interdicti his rebus quatuor continetur; ut opus sit factum; ut illud factum sit in solo; ut opus factum noceat; ut factum sit vi aut clàm.

Donell. *lib. 15. Comment. cap. 34. pag. 487.*

91 Opus facere dicitur, qui rei faciem aut naturam mutat, vel inferendo immittendove in eam rem, aut de ea detrahendo, aut invertendo eam.

Donell. *dict. loco.*

92 Inferendo mutatur facies rei, & fit opus, si quid ædificetur in solo,[a] vel si quis agrum pastinando lapides tollat, & projiciat in prædium vicini; si terram, si fimum in vicini locum congerat.

[a] *l. si alius 7. §. ait, & §. bellissimè, l. si quis 11. §. interdictum. semper 15. §. hoc interdicto, ff. quod vi aut clam.* [b] *d. l. semper 15. §. 1. & seq. d. l. si alius 7. §. si quis acervum, ff. d. tit.*

93 Naturam rei inferendo mutat, qui in puteum vicini aliquid effundit, & hoc facto aquam corrumpit.

l. si quis 11. princ. ff. eod. tit.

Detra-

Detrahendo facit opus, qui ædificium demolitur, qui tegulas de ædificio 94
aufert, qui aliud quid ædificio adfixum avellit, qui arbores succidit, quiramos defringit.

d.l. si alius 7. §. not. & simus. §. ult. l. nam ergo, 5. & l. seq. ff. h. t.

Invertendo facit, qui agrum arat, qui fossam facit, &c. 95

d.l. si alius 7. §. pend. nam etsi ramos 9. §. ult. l. ult. §. 1. ff. cod.

In solo autem opus fieri dicitur, non modò quod ipsum solum tangit, 96
sed & quod fit in superficie soli, veluti ædificio, aut arbore, [a] nam & hæc pars soli sunt: [b] vel quod fit in loco cœli vacuo, qui solo imminet, veluti si projectum vel stillicidium immittatur ædibus supra solum alienum. [c]

[a] *d.l. si alius 7. §. not. & simus. §. ult. & 2. l. seq. l. ult. §. 1. ff. quod vi aut clàm.* [b] *l. qui res §. aream ff. de solut. l. fructus pendentes, ff. de rei vindic.* [c] *l. ultim. §. pen. ff. quod vi aut clàm.*

Nihil autem refert solum sit privatum vel publicum, purum vel religio- 97
sum aut sacrum.

l. & facit 20. §. ult. l. is qui 11. §. 1. ff. quod vi aut clàm.

Opus item factum ut noceat, hìc desideratur, ut antea memini. Qui 98
enim agrum tempestivè arat, qui macrum agrum, non pinguem, stercorat, qui cæduam silvam maturam non immaturam cædit, hoc interdicto non tenetur.

d. l. si alius 7. §. si quis aceruum, & l. si immaturam 18. ff. quod vi aut clàm.

Desideratur denique (uti dixi) ut opus factum sit vi aut clàm. [a] Vi facere 99
dicitur, qui prohibitus, contrà, quàm prohiberetur, facit; [b] qui item dolo malo consecutus est, ne prohiberetur, periculo (puta) adversario denunciando, aut janua præclusa. [c]

[a] *l. 1. in prine. & tot. tit. ff. quod vi aut clàm.* [b] *d.l. 1. §. quid sit & factum 5. & 55. seq. ff. d. t.* [c] *l. & facit 20. in prine. & d.l. 1. §. sed & Aristo 8. ff. eod. tit.*

Neque refert, quis prohibuerit; sive enim ipse dominus soli prohibue- 100
rit, aut is, cujus interest, sive extraneus quivis, sive servus domini, sive procurator, sive mercenarius, amicus, hospes, inquilinus, colonusvé, locus est huic interdicto.

l. 3. in prine. & l. interdictum. 17. ff. h. t. l. si procurator, ff. de oper. no. nunc. l. per procuratorem 72. ff. de Procurator.

Is tamen cui post prohibitionem ab adversario permissum est facere 101
opus, adversus eum, qui utitur interdicto, exceptione se tueri potest. [a] ut & ille, qui satis offert de opere futuro, & defendere judicio paratus est, si quis agat; [b] tùm etiam is, cui Prætor operis novi nunciationem missam fecit. [c]

[a] *l. 3. §. illud & d.l. & si facit 20. ff. quod vi aut clàm.* [b] *d.l. 3. §. si quis paratus, ff. dict. tit.* [c] *l. si alius 7. §. ait Iulianus, ff. eod. tit.*

Clàm facere dicitur, qui adversarium, cujus controversiam metuebat, 102
aut metuere debebat, ignorantem celavit, quod facturus erat, & ita eo ignorante fecit.

l. 3. §. pen. & ult. l. 4. l. 5. ff. quod vi aut clàm, vide Donell. *lib. 15. commentar. cap. 34. pag. 489. vers. Clam feciſſe.*

103 Et licèt quid & vi & clàm fiat in eodem opere, interdictum tamen hoc sua disjunctione sufficit.

l. is qui puteum 11. §. interdictum 5. ff. quod vi aut clàm.

104 Effectum & potestatem hujus interdicti quod attinèt, spectandum hîc, tùm ad quid detur hoc interdictum, tùm cui & adversus quem competat.

105 Datur autem hoc interdictum, ut, quod vi aut clàm factum est, restituatùr, ut in omni causa eadem conditio sit actoris, quæ futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clàm factum esset. Vnde ex hoc interdicto æstimatur lis, quanti actoris interest, opus factum non esse, id est, ut, quicquid ex eo opere damni fuerit, id sarciatur.

d. l. semper 15. §. hoc interdicto. & §. ultim. & l. is qui 11. §. quod ait, ff. quod vi aut clàm.

106 Quòd si reus contumax non restituat, cùm possit, aut dolo malo facit, quo minùs restituere queat, tùm id, quod interest, jure jurando actoris in litem æstimatur: sin tantùm ejus culpa non fiat restitutio, tunc solùm æstimatur id, quod verè agentis interest.

d. l. semper 15. §. sed quod interfuit, & iduob. §§. segq. d. t. l. 2. §. 1. & l. in actionibus. ff. de in lit. jurando.

107 In id tamen, quod interest, competit hoc interdictum duntaxat intra annum: post annum etiam de eo, quod factum est, causa cognita, competit.

d. l. semper 15. §. hoc interdictum, & trib. §§. segq. ff. h. t.

108 Tribuitur verò hoc interdictum illi, cujus interest, opus factum non esse, [a] etiamsi locum non possideat, ut colonus: [b] quippe cùm etiam de opere facto in loco publico aut religioso detur. [c]

[a] *d. l. 11. qui 11. §. si fundus, & l. denique 13. §. si ex socijs, ff. Quod vi aut clàm.* [b] *l. comperit 16. in prine. & l. is qui 11. §. ego si post 12. vers. Ergo & si conduxit, ff. d. tit.* [c] *d. l. is qui 11. §. 1. & 2. & l. semper 15. §. si in sepulchro ff. eod. tit.*

109 Competit autem non modò adversus eum, qui fecit, vel jussit fieri, vel suò nomine factum ratum habuit; [a] sed & contra eum, qui factum habet, etiamsi eo invito sit factum: sed ad hoc solum, ut restituendo operi patientiam præstet. [b]

[a] *l. aut qui. 5. §. hac verba. 8. & 9. penult. & ult. & l. segq. ff. Quod vi aut clàm.* [b] *l. semper. 15. junct. l. si alius 7. in prine. & l. denique 13. §. ult. ff. d. t.*

110 Datur quoque hoc interdictum in successores, in id, quod ad eos pervenit.

d. l. semper 15. §. hoc interdictum, 3. ff. h. t.

111 Etsi autem ambo, qui jussit fieri, & qui ex jussu fecit, teneantur, & quidem in solidum, ut unius conventio alterum non liberet; attamen quod unus præstitit, alterum relevat.

l. 6. & l. semper 15. §. si in sepulchro 2. ff. eod. tit.

112 Quòd si duo ita mandent, ut primus mandet secundo opus fieri, & secundus hujus nomine mandet tertio, tunc omnes hæ personæ tenentur, sed uno ex his satisfaciente, cæteri liberantur.

l. si eg.

[a] *l. si ego tibi. 6. ff. d. t.* Sed obstare videtur *l. aut qui aliter. 5. §. similiter. vers. & tabernaria. de re. ff. eod.* Verùm sententiam ejus versiculi statim *5. seq.* corrigi, atque ibi, pro ET CUM, legendum esse, SED CUM, sentit Donell. *lib. 15. comment. cap. 34. pag. 493. ver. Competit. hoc.* Idque argumento *d. l. 6. seq. ff. eod. tit.*

Est denique & illud hîc monendum, duas exceptiones contra hoc interdictum reo comparatas esse; quarum una est, si actor priùs quid vi aut clàm fecit in opere, de quo agitur: altera, si quis incendij oborti, à suis ædibus arcendi causa vicini ædes interciderit, & quod vi aut clàm cum eo agatur. 113

l. si alius. 7. §. bellissimè, & §. est & alia exceptio, & l. ult. §. si adjiciamus. ff. Quod vi aut clam. vide Donell. *lib. 15. Comment. c. 34. pag. 491. vers. Est ergo in summa.*

CLASS. IV. DISPUTATIO VI.

DE VI COMPULSIVA, DE DOLO item malo, & Alienatione judicij mutandi causâ facta.

THESIS I.

ORdinis nunc ratio jubet, ut de vi compulsiva, de Dolo item malo, & Alienatione judicij mutandi causâ facta disseramus. [a] VIS [b] COMPULSIVA [c] est delictum, [d] quo quis metum, qui in constantissimum cadere potest hominem, [e] alij illicitè [f] injicit, eoque ipsum eò adigit, ut vel alienet quidpiam, vel ab obligatione debitorem liberet, hereditatem adeat, aut repudiet, vel stipulanti quid promittat. [g]

[a] *Vide thesin 1. disput. praced.* [b] *De hac & est tot. tit. C. de his, quæ vi, metusve causa, l. 1. l. 2. & l. 3. & tot. tit. ff. quod met. causâ.* [c] Hanc vim de quâ agimus, vulgò vocant compulsivam, Accurs. & alij *ad l. extat 13. ff. de. tit.* [d] *per l. item si 14. §. in hac actione 3. ibi, & si* CRIMINE *caret; & §. eum, qui metum 13. ibi. & dolo tenetur: & §. quid si homo 11. ibi, quia triplipœnâ propter* FACINUS *fas sit facere cogitur, l. quod diximus 16. in fine ff. quod met. caus. & §. præterea 31. vers. in personam, Instit. de action.* Donell. *lib. 15. comment. 38. pag. 508. vers. atque hæc vera,* Oldendorp. *cl. ff. 6. act. 10. nu. 3.* Dissentit Cujac. *ad l. Metum 9. §. ult. ff. h. t.* & obstat, quòd actio, quod metus causâ competit etiam contra tertium possessorem, *l. item si 14. §. in hac actione 3. & d. l. 9. §. ult. ff. eod. tit.* [e] *l. Metum. 5. junct. l. seq. ff. quod met. caus.* [f] *d. l. 3. §. 1. ff. eod. tit.* [g] *l. Metum. 9. §. sed quod Prator 3. & l. si mulier 21. §. ult. ff. d. t.*

Circa hoc autem delictum duplex inspectio incurrit: una de ipso metu, qui per vim atrocem alicui injicitur: altera de juris remedio, quod adversus hanc vim, & metum est comparatum. 2

Metus est instantis, vel futuri periculi causâ mentis trepidatio [a] præsens, [b] sive imminens. [c] 3

[a] *l. 1. ff. quod met. caus.* [b] *d. l. Metum. 9. in princ. ff. d. t.* [c] *l. si voluntate 8. C. de rescind. vend.*

Sed hîc ejusmodi desideramus metum, qui justus sit, qui item ab aliquo sit illatus, & quidem illicitè objectus, cujusque causâ quid gestum sit, ex quo aliquid absit ei, qui metum passus est. 4

5 Iustum hîc accipimus metum, non quemlibet timorem; sed majoris malitatis, [a] & qui non in vanum, sed constantissimum hominem cadere potest; [b] qualis est, metus mortis, cruciatus corporis, [c] puta verberum, [d] vinculorum, [e] carceris, [f] metus item servitutis, [g] deportationis, [h] stupri, [i] non etiam infamiæ metus. [k]

[a] *l. Metum 5. ff. quod met. caus.* [b] *l. metum autem 6. ff. d. t.* vide Didac. Covar. *in Epitom lib. 4. Decretal. cap. 3. §. 4. num. 2. &* 8. quo posteriori numero post alios traditur arbitrio Iudicis decerni, qui metus in constantem cadere virum dicatur. Vide etiam V Vesemb. *in parat. hic. num. 3. in fine.* Zas. & Mynsing. *ad §. quadruplæ autem 25. Inst. de act.* Sichard, *ad Rubric. C. h. t. nu. 6.* qui putant, alium quoque metum hic sufficere, quàm qui in constantissimum hominem cadere potest. Hunn. *in resolut. Treutl. disp. 11. Vol. 1. quæst. 26.* [c] *l. si per vim 4. l. si donationis 7. C. de his, quæ vi metusve caus. l. interpositas 13. C. de transact. l. si voluntate 8. Cod. de rescind. Vendit. l. continet 3. l. Nec timorem 7. §. 1. ff. quod met. caus.* [d] *d. l. 3. in fin. ff. d. tit.* [e] *d. l. 7. §. 1. ff. eod.* [f] *l. qui in carcerem 2. & l. ult. §. 1. ff. d. t.* [g] *l. ego puto 4. junct. l. ista quidem 8. §. 1. ff. eod.* [h] Deportatio enim civium numero, hominem eximit: & instar est servitutis, ac mortis, *§. cum autem 11. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solv. l. 1. §. penult. ff. de bonor. possess. cont. tab.* [i] *d. l. ista quidem 8. §. quod si dederit 2. ff. quod met. caus.* [k] *l. nec timorem 7. in princ. ff. d. tit.* Paul. Christinæ. *Vol. 2. decis. 114.*

6 Non tamen sufficit, hujusmodi injici metum vexationibus, jactationibus, contestationibus: sed atrocitate facti enim inferri necesse est.

d. l. nec timorem 7. in princ. ff. quod met. caus. & l. metum 9. C. de his, quæ vi metusve caus. Obstat, quòd aliena 6. §. ult. *ibi, minis verborum, ff. de acquir. vel omitt. hered.* De Minis vide Hilliger. *in Donell. enucleat. lib. 15. capit. 38. in notis. lit. L.* Sichard *in dict. l. metum. 9. nu. 2.* Cravetta *consil. 461.*

7 Captus item ab hostibus justo in bello, si metu compulsus, pro sui redemptione promissionem pecuniæ fecerit, metus ille huc non pertinet.

Didac. Covar. *in epit. in lib. 4. Decretal. cap. 3. §. 4. num. 13.*

8 Deinde exigimus, ut metus alicui sit ab alio illatus, [a] non à seipso: [b] & quidem ab eo, qui & voluntatem, & facultatem inferendi metum habeat. Nulli enim sola dignitas, aut potentia absque voluntate nocere debet ad invidiam. [c] Neque etiam ullus hunc inferre metum dicitur, quàm qui quod minatur, præstare possit. Vnde, qui minatur alicui metum infamiæ, huc planè non pertinet: [d] siquidem infamia irrogetur solâ lege, vel proprio facto turpi. [e]

[a] *l. metum 9. in princ. vers. ait enim. & item si 14. §. in hac actione 3. ff. quod met. caus.* Vide, si alicui metus obvenerit casu, & ob hunc metum fecerit is votum, metus ille huc non pertinet. Vide Did. Covar. *in epit. in lib. 4. Decret. cap. 3. §. 4. nu. 16.* [b] *l. si minor 21. in princ. ff. d. t.* Vnde si quis criminis reus metu pœnæ sibi imponendæ uxorem ducat Annam, à qua ad supplicium jam trahendus in matrimonium petitus fuit, & ex consuetudine loci rita redemptus, hoc certe metu ab eo matrimonio postea se eximere non potest, *arg. d. l. 21. in princ. ff. eod.* Christinæ *Vol. 1. decis. 335.* Didac. Covar. *d. cap. 3. §. 4. nu. 17.* [c] *l. ad invitum 6. C. de his, quæ vi, metusve caus.* [d] *d. l. nec timorem 7. in princ. ff. d. t.* [e] *l. 1. & tot. tit. ff. de his, qui not. infam.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 38. pag. 504. vers. Nihil agit Voluntas.* De metu reverentiali, de omnino Fachin. *lib. 2. controv. 96.* Caspar Anton. Thesaur. *lib. 1. quæst. forens. 51. nu. 3. & 9.* Honded. *consil. 29. nu. 17. Vol. 1.* Menoch. *consil. 181. nu. 83.* Monter. *decis. 32.* Cravett. *consil. 14.*

9 Adhæc postulant Iura, ut metus hic illicitè alicui sit objectus. Si quam enim

enim vim, & metum magistratus jure licito, & jure honoris, quem sustinet, alicui inferat, edicto quod metus causâ, non tenetur.

l. continet igitur 3. §. 1. ff. quod met. caus. Iuris enim executio injuriarum non habet, *l. injuriarum 13. §. 1. ff. de injur.*

Denique juris hîc autoritas exigit, ut quid metus causâ gestum sit, [a] ex quo absit aliquid ei, qui metum passus est. [b] 10

[a] *l. 1. ibi,* quod metus causâ gestum erit, *ff. quod met. caus. & Rubr. C. de his, quæ vi, metusve caus. gesta sunt.* [b] *l. sed & patrem 12. §. ult. & l. item si 14. in prin. ff. d. tit.*

Cæterum nihil interest, in se quis veritus sit, an in liberis suis, aut Conjuge, cùm pro affectu parentes, & conjuges magis in liberis terreantur. 11

l. isti 8. §. ult. ff. quod met. caus. Vbi, quod de parentibus, & liberis traditur, Dd. non injuriâ ad conjuges etiam porrigunt.

Gestum autem hîc generaliter dicimus, quidquid cum alio geritur ex consensu, veluti alienatio, remissio, repudiatio, promissio: sit si quis metu compulsus rem suam vendiderit: aut debitori acceptilatione aliâve liberatione debitum remiserit: aut stipulanti quid promiserit: aut hereditatem vel adierit, vel repudiaverit, &c. 12

d. l. metum 9. §. sed quod Prætor 3. & §§. seqq. & l. seq. l. si mulier 21. §. ult. ff. quod met. caus. vide Donell. *lib. 21. comment. cap. 5. pag. 663. & seq.*

Sequitur de Iuris remedio, quod adversus hanc vim, & metum est constitutum. Idque duplex est: Restitutio in integrum, & quæ eam sequitur, Actio, vel Exceptio. 13

l. metum 9. §. sed quod Prætor 3. Vers. sed ex facto scio, hæc actio non solui, sed per prætorem restituendus sum & l. si mulier 21. §. ult. ff. quod met. caus. Donell. autem *dict. cap. 5. pag. 664. & l. b. 15. commentar. cap. 38. pag. 506. Vers. Ex hac causa,* tradit, actionem quod metus causâ, non desiderare præcedentem in integrum restitutionem. Sed refellitur *d. l. 9. §. sed quod Prætor 3. Vers. sed ex facto, & §. ult. ibi, cùm hæc actio restitutus velit, verum ibi, non esse restituendam actionem ff. quod met. caus.*

Restitutio in integrum hoc loco est, amissæ per metum rei, vel causæ [a] redintegratio, [b] quam Magistratus cognitâ causâ tribuit [c] metum passo, si ab eo postulata, desiderata, petita fuerit. [d] 14

[a] Paul. *lib. 1. Recept. sentent. tit. 7.* Per rem autem significatur res ea, quæ metu alienata est, & translata in adversarium: per causam verò promissio metu extorta, at nondum per traditionem expleta, ut ex Isidoro *lib. 5. Etymolog.* ostendit Cujac. *ad Rubr. tit. ff. quod met. caus.* [b] *l. adolescentiæ tempus 2. C. in quibus caus. in integr. rest. nec non est.* Sed obstat, quòd contractus bonæ fidei metu initus, ipso jure nullus est, ut propositum est suprà, *class. 2. thesi 5.* [c] *l. si cum pater tuus 2. C. si adversus rem judic. & l. si adversus 2. C. si adversus fisc. l. in causa 13. §. ult. ff. de Minor.* [d] Non, nisi imploratus suum officium impertit Magistratus, vel Iudex. *l. ut fundus 18. ff. Com. divid. & l. ult. C. de fideicommiss. libert.* proindeque nec restitutionem in integrum. Et ubiq; in hac restitutionis materiæ desiderari implorari, postulari, peti restitutio in integrum dicitur, *l. non solùm 39. §. est & casus 6. ibi, postulata est cognitio de in integrum restitutione ff. de Procurat. d. l. 2. C. si adversus rem judicat.*

Est autem petenda restitutio in integrum intra quadriennium continuum, quod agendæ, & peragendæ causæ restitutionis in integrum definitum est. 15

l. ult. & ibi Dd. C. de temp. in integr. restitut. l. ult. C. de repud. hered. c. 1. & 2. extr. de restitut. in integr. in 5.

16 Factâ Restitutione locus est Actioni, & Exceptioni. Actio ea est vel vetus illa actio, quæ competit metum passo, ante illatum metum, sed quæ ejus voluntate metu coacta fuit amissa, restitutione autem in integrum restituta: vel est nova actio, ex hoc delictò, & metu nata, actio nempe quod metus causa. Vnâ tamen electâ altera finitur.

l. metum 9. §. sed quod Prator 3. & §§. ac ll. seqq. & l. si mulier 21. §. ult. ff. quod met. caus.

17 Vetus illa actio pro varietate ejus, quod metu gestum est, vel in rem est, vel in personam. [a] In rem, si quis metu coactus rem suam alienaverit, puta, vendiderit alicui, & possessionem tradiderit. [b] In personam, si quis per metum debitori suo acceptilatione, vel alia liberatione debitum remiserit. [c]

[a] *dict. leg. metum 9. §. Volenti 4. & §. licet tamen 6. l. si mulier 21. §. ult. Vers. ult. ff. quod met. caus.* [b] *l. si Vi, vel metu 3. C. de his, quæ Vi, metúsve caus.* [c] *d. l. metum 9. §. Volenti 4. & §. ex hoc edicto 7. & d. l. si mulier 21. §. ult. ff. d. t.* Omnino videndus IC. Eximius Dn. Christoph. Besold. *part. 1. delibat. ad lib. 4. ff. quæst. 3. fol. 333.*

18 Quòd si quis heres à coherede suo, aut heres testamentarius à legitimo herede metu compulsus hereditatem repudiaverit, tunc restitutus in integrum heres ille metum passus familiæ erciscundæ actione contra coheredes, vel petitionem hereditatis adversus legitimum illum heredem movere potest.

19 Vetus autem illa actio, per restitutionem in integrum reddita, non directa, sed utilis est. [a] Directa enim semel amissa in perpetuum non restituitur. [b]

[a] *d. l. si mulier 21. §. ult. ff. d. tit.* [b] *l. qui res suas 98. §. aream 8. ff. de solut. & liber. l. Maevius 66. §. duorum testamenta. 1. ff. de Leg. 2.* vide Donell. *lib. 15. comment. cap. 38. pag. 507.*

20 Et datur vetus illa in rem actio ipsi, qui metum passus est, nō solùm contra inferentem metum, sed & adversus tertium rei possessorem titulo possidentem, nisi hic præscriptione legitimi temporis munitus sit.

d. l. si Vi, vel metu 3. C. de his, quæ Vi, metúsve caus. Quamvis tertius ille titulo oneroso possideat. Surd. *consil. 513. nn. 17.* Trentacinq. *Var. resolut. lib. 1. tit. de his quæ Vi metúsve caus. resol. 2. in princ.*

21 Pretium autem, quod numeravit pro re, qui metu extorsit venditionem, reddendum est.

l. si Vi, vel metu 5. l. si per Vim 4. C. de his, quæ Vi, metúsve caus. Facit *l. quòd si minor 24. §. penult. ff. de minor.* Sed obstare videtur *l. penult. C. de his, quæ Vi, metusve caus. & l. penult. C. de rescind. Vendit.*

22 Sed de restituæ actionis in rem, vel in personam tempore, intra quod ea moveri debeat, quæri hoc loco potest? Donellus quadriennii spacium huic utili actioni præfinitum esse autumat: [a] At illi unius anni meta juris autoritate præfixa videtur. [b]

[a] *dict. lib. 15. comment. cap. 38. pag. 507. lix. 40. per l. ult. C. de temporib. in integr. restit.* [b] *per l. in honorariis 35. in fine principii, ff. de oblig. & act. l. ult. C. Quib. ex caus. major. & §. rursus ex diverso 5. Instit. de act. Sed obstare videtur tum l. 3. in fin. ibi, longæ possessionis præscripto C. de his, quæ Vi, metusve caus. tum l. 4. ibi, post annum vero in simplum. C. d. t. & l. item si 14. §. 1. Vers. post annum, ff. quod met. caus.*

Succedit

Succedit Actio, quod metus causa, cui locus est omni casu, quo quid ju- 23
sto metu gestum est: puta, si quid alienatum fuerit: vel obligatio acceptilatione, vel alia liberatione remissa: vel aliquid stipulanti promissum: [a] vel hereditas repudiata sit. [b] Estq; hæc actio in personam: [c] in rem tamen scripta, [d] & arbitraria. [e]

[a] *l. metum 9. §. sed quod Prætor 5. l. illud Verum est 10. ff. h. t.* [b] *l. si mulier 21. §. ult. ff. eod. l. si per vim 4. C. de his, quæ vi, metusve caus.* Arum. *ad leg. præcip. ff. disp. 6. thes. 7.* [c] *§. præterea 31. Vers. in personam, Inst. de act.* [d] *d. l. metum 9. §. ult. junct. §. 1. animadvertendum ibi,* generaliter, & in rem loquitur. *ff. quod met. caus. l. 4. §. metum. 33. ff. de dol. mal. & met. except.* vide Donell. *ad §. omnium autem 1. nu. 9. Inst. de act. lib. 15. comment. cap. 38. pag. 511.* Excellent. Besold. *ad lib. 4. ff. part. 1. delibat. fol. 353.* [e] *d. §. præterea 31. Vers. in personam. Inst. de act. l. item 14. §. hæc autem actio 4. ff. quæ met. caus.*

Sed dispiciendum, cui, & adversus quem, tum etiam ad quid competat 24
hæc actio Competit autem ei, qui metum passus est, si illi quid abfit: [a] tum etiam heredibus ipsius. [b]

[a] *l. sed & partus 12. §. ult. l. item si 14. in prine. ff. d. t.* [b] *l. quod diximus 15. §. hac actio 2. ff. eodem tit.*

Datur autem adversus eum, qui metum intulit, & contra eos, ad quos 25
quid vel rei, vel lucri ex metu illato pervenit, quamvis crimine careant, id est, non intulerint metum.

d. l. metum 9. §. ult. & l. item si 14. §. in hac actione 3. & §. aliquando 5. Vers. Pedius, ff. quæ met. caus. vide Donell. *lib. 15. comment. cap. 38. pag. 511. & ad §. omnium autem 1. n. 9. pag. 44.* Quibus locis docet, quod hoc casu in personam hæc sit actio, eo quod hi delinquunt hoc ipso, quod conventi non restituunt rem metu extortam.

Et qui metum intulit, tenetur hac actione, etiamsi res vi ablata casu in- 26
terciderit, [a] siquidem perpetuò moram faciat, & mora obligationem perpetuam reddat: [b] at bonæ fidei emptor rei vi ablatæ non tenetur, si priusquam cognosceret, rem metu esse ablatam, ea sine ejus dolo perierit. [c]

[a] *l. 1. C. de his, quæ vi, metusve caus. l. item 14. §. quod si homo 11. Vers. hæc si post. ff. quod met. caus.* [b] *l. ult. C. de condict. furt. l. penult. ff. de vi, & vi arm.* [c] *d. l. item 14. §. aliquando 5. ff. quod met. caus.* Facit *l. qui petitorio 36. ff. de rei vindic. & l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig. l. quod te 5. ff. si cert. petat.*

Quod si plures metum intulerint, adversus singulos hæc actio conceditur 27
in solidum, [a] tametsi ad unum duntaxat res pervenerit: [b] unius tamen solutione cæteri liberantur. [c] Et si quid minus ab uno exactum fuerit, id à cæteris exigi potest. [d]

[a] *d. l. item 14. §. ult. ff. quod met. caus.* [b] *d. l. quod diximus 16. in prin. ff. d. t.* [c] *d. l. item 14. §. ult. ff. eod.* [d] *l. aut in id 15. ff. h. t.* Meisner *tom. 1. decis. 46. per tot.*

In heredem quoque, & cæteros successores datur hæc actio in id, quod 28
pervenit ad eos; ne quod turpiter, vel scelere quæsitum est, ad compendium eorum pertineat.

d. l. quod diximus 16. §. ult. ff. d. tit. l. 3. C. de his quæ vi metusve caus. gest. sunt.

Competit autem hæc actio in id, quod actori per metum abest. [a] Vnde si 29
quæ res metu sit alienata, ea integra restituenda est, cum omnibus accessionibus, atque omni causâ, itemq; omni jure ipsius rei, si quod alienatione facta

facta amissum sit. Proinde reus repromittere tenetur de dolo, ne fortè deterior res sit facta: [b] jubetur etiam reddere partus ancillarum, fœtus pecorum; fructus prædiorum, non solùm quos percepit, sed & quos actor percipere potuit: [c] tum etiam jura, veluti servitutes, & ususfructus hac restitutione continentur. [d]

[a] *d. l. sed & partus* 12. *in princ. ff. quod met. caus.* [b] *d. l. metum* 9. *§. ex hoc edicto* 7. *ff. eod. tit.* [c] *d. l. sed & partus* 12. *in princ. & l. item* 14. *§. quadruplatur* 7. *ff. d. tit.* [d] *d. l. metum* 9. *§. ex hoc edicto* 7. *vers. ult. d. t.*

30 Quòd si creditor metu coactus debitorem suum vel principalem, vel fidejussorium acceptilatione, vel aliter liberaverit, tunc in hanc actionem illud venit, ut debitor in obligationem se, & pignora reponat, [a] id est, vel solvat, vel judicium accipiat. [b]

[a] *l. illud verum est* 10. *in princ. & §. 1. ff. quod met. caus.* [b] *d. l. metum* 9. *§. ex hoc edicto* 7. *& §. ult. ff. d. t.*

31 Similiter si ego heres à coheredibus meis, vel heres testamentarius à legitimis heredibus coactus hereditatem repudiaverim, hac, quod metus causâ, actione continetur ipsa hereditas mihi relicta.

l. si mulier 21. *§. ult. vers. ult. ff. quod met. caus.*

32 Quòd si verò quis metu compulsus aut stipulanti quid promiserit, aut quovis alio modo obligationi, quâ priùs non tenebatur, se subjecerit, tum hac actione id consequi potest, ut Reus obligationem eam accepto ferat.

d. l. metum 9. *§. sed quod Prætor* 3. *vers. sed ex facto, junct. §. ex hoc edicto* 7. *vers. sed & si per stipulantem. ff. quod met. caus.*

33 Reddere tamen vicissim actor & illud tenetur, quod ab eo, qui metum fecerit, pro negotio metu gesto accepit.

l. si per vim 4. *ibi, scilicet* reddito à vobis precio, *C. de his, qua vi, metusve caus. & fac. l. quòd si minor* 24. *§. penult. ff. de minor.*

34 Quia autem hæc Actio, quod metus causâ, arbitraria est, judex arbitrio suo certum Reo præfinit tempus, intra quod eum jubet Actori satisfacere. Quòd si Reus intra illud tempus non satisfeecerit Actori, nunc in quadruplum condemnat eum, in quo quadruplatur omne, quodcunque restitui oportet.

l. item 14. *§. 1. §. ha autem actio* 4. *& §. seq. §. quadruplatur* 7. *ff. quod met. caus. & l. si per vim* 4. *C. de his, qua vi, metusve caus. & §. præterea* 21. ubi vide Donell. *nu.* 4. *& 5. Inst. de act.* Quod autem judex præfiniat tempus, quantum videatur esse satis, docet etiam præter Bart. *ad l.* 2. *C. de execut. rei judic.* & communiter Dd. *ad §. quadruplo* 25. *Inst. de act.* Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 38. *pag.* 509. *lin.* 47. Excellentiss. Besold. *part.* 1. *dedicat. fol.* 334. Quidam tamen à lege hîc etiam tempus judicati constitutum esse autumant, *arg. l. ult. §. fin. C. de usur. rei judic.* vide Dn. Martin Rumelin. *part.* 1. *ff. disp.* 10. *thes.* 13.

35 Sed condemnatio illa in quadruplum, cui simplum inest, [a] fit intra annum duntaxat utilem: post annum verò causâ cognitâ, in simplum, [b] quanti scilicet jurejurando actoris res æstimata fuerit. [c]

[a] *d. l. item* 14. *§. 1. in fin. ubi* Cujac. *§. 2. & sed & si quis* 9. *& §. seq. ff. quod metus caus.* Dissentit Anton. Faber *lib.* 16. *conjecturar. cap.* 19. [b] *d. l. item* 14. *§. 1. & §. seq. ff. d. t. & l.* 4. *C. de his, qua vi, metusve caus.* [c] *l. arbitrio* 18. *in pr. ff. de dolo.*

Non

Non eſt hoc loco ignorandum, quòd cum hac, quod metus cauſa, actione, concurrit etiam actio de dolo: ſed una per alteram conſumitur, exceptione in factum oppoſitâ. 36

d. l. item 14. §. eum, qui 13. ff. quod met. cauſ. vide Donell. *libr. 15. Comment. cap. 40. pag. 524. in fin. & pag. ſeq.* vide Dn. D. Rümelin. *diſt. diſſut. 10. theſ. 15.*

Reſtat exceptio, quâ etiam metum paſſus in integrum reſtitutus tueri ſe poteſt: ut exceptio, quod metus cauſa, quâ is, qui metu coactus quid promiſit ſtipulanti, aut quovis alio modo obligationi, quâ prius non tenebatur, ſe ſubjecit metu compulſus, defendere ſe poteſt adverſus eum, à quo vim ſuſtinuit, ſi is ex ea obligatione, metu extorta, egerit. 37

l. metum 9. §. ſed quod Prætor 3. verſ. ſed ex facto, ff. quod met. cauſ. De hac exceptione vide omnino Zanger. *de Except. part. 3. cap. 11.*

Quod denique attinet probationem metus, notanda ſunt hæc Vlpiani verba: ſufficit hoc docere, metum ſibi illatum, vel vim, & ex hac re eum, qui convenitur, etſi crimine caret, lucrum tamen ſenſiſſe. Cùm enim metus habeat in ſe ignorantiã, meritò quis non adſtringitur, ut deſignet, quis ei metum, vel vim adhibuit: & ideo adhoc tantùm actor adſtringitur, ut doceat metum in cauſa fuiſſe, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. 38

l. item 14. §. in hac actione 3. ff. quod metûs cauſ. De modo autem probandi metum vide latè differentem Joſeph. Maſcard. *de probat. Volum. 2. concluſ. 1054. & duabus ſeqq.* Trentacinq. *var. reſolut. lib. 1. tit. de his quæ vi metusve cauſ. reſol. 1. num. 16. & ſeqq.* Honded. *Vol. 1. conſil. 29.*

HActenus de Vi, & Metu: ſequitur jam de Dolo Malo. Dolus malus eſt prava animi libido, [a] nocendi alteri, [b] dicto aut facto quodam indicata, [c] Eumq; delictum eſſe aſſerimus. [d] 39

[a] Dolus non eſt ipſe actus doloſus, ſed quoddam animi adjunctum, prava ſcilicet ejus libido, quæ ex actu quodam exteriori colligitur, *l. dolum 6. C. de dolo malo, l. ſi voluntate 8. in princ. & l. dolus 10. C. de reſcind. vendit. l. metum 9. C. de his, quæ vi, metúve cauſ.* [b] *l. 1. §. dolum 2. ibi alterius decipiendi. Item ibi, ad circumveniendum. ff. de dol. mal.* [c] *l. quotiens 18. §. 1. ff. de probat. dict. leg. dolum 6. C. de dol. mal. l. non omnes 5. §. a barbaris 6. ff. de re milit. d. l. dolus 10. C. de reſcind. vendit.* [d] *l. ex contractibus 49. ff. de obligat. & act. l. item exigit. 16. ff. de dol. mal.* Oldendorp. *Claſſ. 6. act. 11. numer. 3.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 40. pag. 528. verſ. Hactenus cauſa.* De Doli definitione conſule IC. Abſolutiſſ. Dn. D. Beſold. *part. 1. delibat. ad lib. 4. ff. quæſt. 7. fol. m. 344.*

Non probamus Aquilii, [a] Servii, [b] Pedii, [c] & Iulii Pauli [d] definitionem doli mali, quæ hæc eſt: quòd ſit machinatio quædam alterius decipiendi cauſa; cùm aliud ſimulatur, aliud agitur. Tum quia dolus non eſt ipſa machinatio, ſed hæc eſt index doli, ut præcedens arguit thema; tum quia non omnis dolus fit machinatione: [e] tum quia machinationis nomen in ea definitione tropicum eſt, & metaphoram arguit: [f] tum etiam, quia non omnis dolus fit animo decipiendi aliquem: [g] tum denique, quòd etiam ſine dolo aliud agi, aliud ſimulari poteſt. [h] 40

[a] Apud Cicer. *lib. 3. de offic.* [b] *d. l. 1. §. dolum malum 2. ff. de dolo.* [c] *l. juriſgentium 7. §. dolo malo 9. ff. de pact.* [d] *lib. 1. recept. ſentent. tit. 8. in princ.* [e] Machinatio enim, cùm dicta

sit à machinari, facto continetur, cùm tamen dolus fiat etiam verbis, sive facto uti arguit definitio doli à Labeone tradita *in dict. l. 1. §. dolum 2. ff. de dol. mal.* [1] Machinari enim proprie est, per instrumentum majora quædam onera arte quadam impellere, & tollere. [2] Id patet ex injuriâ, aliisque delictis, quæ tamen omnia dolo continentur. [b] dict. *l. 1. §. dolum. 2. vers. Labeo autem, ff. de dol. mal.* Donell. *lib. 15. Commentar. cap. 40. pag. 518. vers. Quibus generibus, & pag. seq.* probat hanc definitionem doli mali. De eadem vide quoque Hotoman. *lib. 1. observ. it. cap. 20.*

41 Neq; nobis arridet doli mali definitio, tradita à Labeone: [d] tum quia æquè obscura est, atq; ipsum definitum, quod non satis explicat: [b] tum quia, ut dixi, machinationis nomen metaphoram continet: [c] tum etiam, quia non omnis dolus adhibetur ad circumveniendum aliquem. [d]

[a] *in d. l. 1. §. dolum 2. vers. itaque ipse. ff. de dol. mal.* [b] Vt enim maximè sciamus, dolum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad alium circumveniendum adhibitam: tamen non magis hic scimus, quid sit dolus, quàm prius. Donell. *lib. 15. comment. cap. 40. pag. 521. lin. 12. & seqq.* [c] In definitionibus autem, ut Dialectici volunt, propriis verbis utendum est. [d] Circumvenire aliquem significat decipere, & insidiis involvere aliquem, cùm tamen sæpenumero dolus alium in finem adhibeatur, uti convincitur ex injuriâ, aliisq; delictis, in quibus omnibus etiam dolus versatur.

42 Circa dolum autem spectamus tum genera factorum, quibus adhibetur, tum etiam doli effectus.

De Dolo malo absolutum scripsit tractatum Bargalio qui lectu perutilis & refertæ Eruditionis.

43 Genera ejusmodi factorum duo sunt. Prius continet facta, quibus ab aliquo volente, sed decepto quid exprimitur: posterius ea complectitur facta, quibus quid alicui ignoranti excutitur, & aufertur.

Donell. *lib. 15. comment. cap. 40. pag. 526. & seq.*

44 Volenti autem dolo quid detrahitur duobus modis: [a] Falaciâ, id est, verbis mendacibus; [b] & machinatione, id est, facto, arte quadam ad eam rem compositio. [c]

[a] Donell. *d. cap. 40. pag. 517.* [b] *dict. l. 1. §. dolum 2. vers. itaque, ibi,* fallaciam, *item ibi,* Fallendum, *ff. de dol. mal.* Fallacia fit verbis. Ea enim, ut Varro *lib. 1. de ling. lat. inquit.* a fando dicta est, quòd quis fando quem decipit, & contra, quàm dicit, facit. [c] *d. l. 1. §. dolum 2. ibi, machinatio, & vers. itaque, ibi, machinationem. ff. d. t.*

45 Fallaciæ exempla sunt hæc: Mentiri de facultatibus debitoris futuri, ut ei pecuniam credas: [a] affirmare hereditatem esse minimam, ut eam ab herede minoris emas: [b] affirmare heredi, hereditatem esse solvendo, ut solida legata præstet: [c] persuadere creditori, te nihil debere, ut te vel liberet, vel judicio patiatur absolvi: [d] Mentiri hereditatem esse idoneam, ut heres eam adeat, & se implicet oneribus hereditariis: [e] affirmare hereditatem non esse solvendo, ut heres eam repudiet: affirmare legatario, rem non esse meliorem in hereditate, ut eam optet, cæterarum electionem omittat. [f]

[a] *l. eleganter. 7. §. ult. ff. de dol. mal.* [b] *l. si quis affirmaverit. 9. in prine. ff. d. t.* [c] *l. si legata. 22. ff. eod. tit.* [d] *l. servum. 20. §. ult. & l. cum a te 25. ff. d. t.* [e] *l. is, qui decepit, ult. ff. d. t.* [f] *d. l. si quis affirmaverit 9. §. 1. ff. t.*

46 Machinationis exempla hæc sunt: permittere alicui saxum è fundo tuo cædere,

cædere, & cretam, vel arenam fodere; & cùm sumptum eam in rem fecerit, non pati eum tollere: [a] Item sciens alicui donare fundum alienum, tanquam suum, qui posteaquam donatarius magno in eum sumptus fecerit, à domino evincatur: [b] Commodare falsa pondera, ut venditor emptori merces appenderet, atque ita pauciòribus mercibus acceptis plus numerasset, quàm conveniebat: [c] tum etiam si debitor curet, falsas literas ad creditorem suum mitti, tanquam scriptas à Titio, creditoris amico, quibus Titius significet, se aut debitori illi tantundem debere, aut ad eam summam se illi donare, aut aliter gratificari velle, ideo petat, ut velit eum liberare, se illam summam ei debiturum; creditor autem hac epistolâ persuasus debitorem acceptilatione liberet. [d]

[a] *l. si cum mihi 35. ff. de dol.* [b] *l. Aristo 18. §. ult. ff. de damn.* [c] *l. arbitrio 18. §. de eo ff. de dol.* [d] *l. quidam debetor 38. ff. d. t.*

Sunt autem machinationis exempla hæc: si quis filio exheredato tabulas testamenti supprimat, quo fiat, ut ipse interim de inofficioso testamento queri non possit, atque ita non præparatâ querelâ decedat: [a] proindeq; heredes ejus querelam inofficiosi non habeant. Item si Titius oleum tuum, quasi suum defendat, & tu hoc oleum ipso volente deposueris apud Sejum, ut is hoc venderet, & pretium servaret, donec inter vos dijudicetur, cujus oleum esset; Titius autem postea judicium accipere nolit, atque interim Sejus solvendo esse desierit: [b] ut & si rei, quam venalem possessor habebat, litem proprietatis quispiam callidè moveat, ne quis emptor ad eam emendam interim accedat, & postquam vendendi opportunitas perempta est, à lite desistat. [c] 47

[a] *d.l. si quis affirmaverit 9. §. item si tabulas 2. ff. de dol.* [b] *d.l. 9. §. si oleum tuum 3.* ubi Cujac. *ff. d. t.* [c] *l. rei, quam venalem 33.* ubi Cujac. *ff. cod. tit.*

Ejusdem generis exempla hæc sunt: si te Titio obtuleris de ea re, quam non possidebas, in hoc, ut alius usucapiat, & judicatum solvi satis dederis: [a] si item effeceris, ut litigatori (injectâ scilicet ei aliquâ remorâ, ne in tempore judicio adesse possit:) his temporibus legitimis transactis pereat. [b] 48

[a] *l. si ex Titio 39. ff. de dol. mal.* [b] *d. l. arbitrio 18. §. pen.* ubi vide Cujac. *ff. d. t.* vide eundem Cujac. *in lib. 11. Paulo ad edict. pag. 165.*

Alterum quod attinet genus, continens ea facta, quibus alteri ignoranti quid excutitur, & adimitur dolo, eius etiam varia sunt exempla, & quidem hujusmodi: si proprietarius occiderit animal usuarium, aut insulam fructuariam incenderit: [a] si heres servum legatum occiderit ante aditam hereditatem: [b] si animal, quod dominus promiserat, alius absque culpa promissoris occiderit, [c] ex quo animalis interitu debitoris liberatio sequitur: [d] si quis tabulas testamenti deleverit, ut neq; heres institutus inde adire hereditatem possit, incertus de jure suo; neque legatarii inde legata petere, quæ ex testamento jam probare non possunt: [e] si quis servum alienum compeditum solverit: [f] si quis quadrupedem alienam irritârit consultò, ut alii damnum daret: [g] si quis familiæ alienæ persuaserit, ut de possessione 49

rei decederet, & ex eo discessu dominus quarundam rerum damnum fecerit: [h] Si quis fecerit, quò minus præsente adversario secundùm libertatem pronunciaretur; [i] si Procurator passus sit adversarium meum vincere, ut absolveretur, atque ita lis mihi pereat. [k]

[a] *l. & eleganter 7. §. si servum 4. l. arbitrio 18. §. si dominus 2. ff. de dol.* [b] *decl. l. & eleg. inter 7. §. item si servum 5. ff. d. t.* [c] *d. l. arbitrio 18. §. ult. ff. eod. tit.* [d] *l. si ex legati 22. ff. de verb. oblig.* [e] *l. si quis tabulas 35. ff. de dol.* [f] *d. l. & eleganter 7. §. item Labeo quærit 7. ff. d. tit.* [g] *d. l. & eleganter 7. §. si quadrupes 6. ff. eod. tit.* [h] *l. cum quis persuaserit 31. ff. b. t.* [i] *l. si dolo 24. ff. d. tit.* [k] *l. eleganter 7. §. penult. ff. hoc tit.*

50 Sequuntur effectus doli, qui in triplici sunt differentia: aut enim dolus ipso jure contractum nullum reddit: aut non reddit negotium ipso jure nullum; sed quoddam juris remedium aliud à doli actione tribuit, quo deceptus rem servare potest: aut verò ejusmodi remedio deficiente, actionem de dolo producit.

51 Ipso jure nullum reddit dolus contractum bonæ fidei, si ei causam dederit.

l. Et eleganter 7. in princ. ubi Cujac. *ff. de dol. mal. l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam 2. ff. de transact. l. ea verò 3. §. ult. ff. pro soc. l. nihil consensus 116. in princ. ff. de reg. jur. l. in causa 16. §. 1. ff. de Minor.* Zas. *ad §. actionum 28. num. 44. & ibi* Donell. *nu. 26. Inst. de act.* Didac. Covarr. *ad c. possessor mala fidei part. 2. 6 nu. 6. ff. de reg. jur. in 6.* Everh. *in loc. a contract. ad distract. num. 5.* Coras. *lib. 2. Miscell. c. 8. num. 3.* Cujac. *lib. 8. observat. c. 10. & ad l. si quis, cum alter 36. & ibid. etiam* Donell. *num. 5. & ult. ff. de verb. oblig.* Idem Cujac. *ad l. si mulier 21. §. si dos metu 3. ff. quod met. caus.* Mynsing. *cent. 6. observ. 38. num. 6.* And. Geyl. *lib. 2. observ. 2. num. 6.* Donell. *lib. 12. comm. c. 18. 7. pag. 26.* Bronch. *cent. 1. assert. 38.* Vide Commentarium meum *ad l. contractus 23. cap. 3. nu. 4. in fin. & nu. 5.* Dissentit Ioh. Robert. *lib. 3. animadvers. juris. cap. 1. 2. & 3. & lib. 2. Notar. cap. 1. 2. & 3.* & Wesenb. *in parat. ff. de decl. mal. in princ. & num. 5.* eleganter distinguit Dn. Martin Rumelin. *part. 1. ff. disp. 10. thes. 30. ubi citat.*

52 Remedium verò illud à doli actione alienum, est vel actio aliqua, vel interdictum, vel restitutio in integrum, vel exceptio, & replicatio; quæ remedia omnia impediunt actionem de dolo.

Excellentiss. Betold. *part. 1. delibat. ad libr. 4. ff. quæst. 8. fol. 347. & seq.*

53 Neque refert, actio illa sit vel bonæ fidei contractus, vel contractus stricti juris; vel quasi contractus, vel maleficii alicujus.

54 Quòd si enim dolus non dederit causam bonæ fidei contractui; sed duntaxat in hunc inciderit, tunc actio ejusdem contractus locum habet, non doli actio: veluti actio ex empto, & vendito, si in emptione, & venditione alteruter contrahentium sit deceptus: [a] actio mandati, si in mandato alter ab altero sit circumventus: [b] actio commodati, si in commodato alter ab altero captus sit dolo. [c]

[a] *l. ea quæ 43. §. ult. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. §. ult. l. ex empto 11. §. si quis Virginem 5. l. Iohannes 13. §. si venditor 4. ff. de act. empt. & vend. l. & eleganter 7. §. non solum 3. & §. servum 8. l. si quis affirmaverit 9. in princ. l. arbitrio 18. §. de ea 2. ff. de dol. mal.* [b] *l. si procuratorem 8. §. ult. ff. mand.* obstare videtur *l. 1. C. de dolo.* Sed vide Dn. D. Betold. *dict. lec. fol. 349.* [c] *l. in commodato 17. §. ficus autem 3. in fin. ff. comm.*

55 Similiter si contractus sit stricti juris, & dolus vel ei causam dederit, vel

inciderit

inciderit in ipsum contractum, tum vindicatur dolus ille non doli, sed ejusdem contractus actione.

l. Et eleganter 7. §. non solùm 3. ff. de dol. l. si id, 22. l. si quis 36. ff. de Verbor. obligat. Vide Didac. Covarr. *supra d. loco, num. 6. & 8.*

In quasi contractu si dolus intervenerit, locus erit actioni illius quasi 56
contractus, veluti actioni tutelæ, si quid Tutor in tutelæ administratione dolo malo gesserit: [a] vel actioni negociorum gestorum, si negotiorum gestor quid dolo egerit in negotijs alienis. [b]

l. quicquid 7. C. Arbitr. tut. [b] *l. si negotia 11. ff. de negot. gest.*

Sic ex maleficijs, cùm alia specialis sit actio, cessat actio de dolo, veluti in 57
damno injuriâ dato, & rapina. [a] Populares quoque actiones excludunt actionem de dolo. [b]

[a] *l. & eleganter 7. §. 1. & §. si servum 4. ff. de dolo.* [b] *d. l. & eleganter 7. §. Pomponius autem 2. ff. d. tit.*

Similiter & interdicto dolus admissus vindicatur: & si locus sit alicui in- 58
terdicto, veluti interdicto, quod vi, aut clàm, cessat de dolo actio.

l. 1. §. ait Prætor 4. ff. de dol. mal.

Quòd si etiam dolo circumventus in integrum restitui possit, non datur 59
ei de dolo actio; sed in integrum restitutionem petit. [a] Vnde si creditor deceptus acceptilatione debitorem liberavit, si minor sit, in integrum restituitur, & cessat hæc actio. [b]

[a] *l. 1. §. idem Pomponius refert 6. ff. de dol. mal. l. Divus Antoninus 7. §. 1. ff. de in integr. rest.* [b] *l. quidam 38. ff. de dol mal.*

Quandoque etiam, ut supra dixi, decepto competit exceptio, quæ & 60
ipsa actionem doli excludit: [a] ut si quis deceptus dolo stipulanti quid promisit, si stipulator actione consistat adversus promissorem, potest hic exceptione doli se tueri. [b]

[a] *l. 1. §. ait Prætor 4. d. l. & eleganter. 7. in princip. ff. de dol. mal.* [b] *tot. tit. de excep. doli.*

Interdum quoq; dolo deceptus replicatione uti potest, quæ & ipsa actio- 61
nem de dolo cessare facit: ut si, cùm à te pecuniam peterem, eoque nomine judicium acceptum est, falsò mihi persuaseris, tanquam eam pecuniam servo meo, aut Procuratori solvisses, eoq; modo consecutus sis, ut consentiente me absolvereris, ex integro tecum agere possum: & si objiciatur mihi exceptio rei judicatæ, replicatione doli jure uti possum. [a] Si quoque abs te rem meam vindicem, & conveniat inter nos nudo pacto, ut ego à lite discedam, & tu vicissim quid mihi hoc nomine des, dolo autem promissum non solvas, proindeque veteri actione meâ adversus te consistam, tu verò exceptionem pacti opponas, doli replicatione ad obsequium placiti urgere te possum. [b]

[a] *l. cum à te 25. ff. de dol. mal.* Sed obstare videtur *l. servus 20. §. ult. ff. d. tit.* vide Cujac. *in lib. 11. Paulo ad edictum, pag. 165. & seq.* & Donell. *lib. 15. comment. cap. 40. pag. 527. Vers. Sexto, & postremo.* [b] *l. sive apud. Act. 28. C. de transact.*

Et quamvis ejusmodi aliquod remedium non contra eum, qui decepit, 62

sed quem alium competat; attamen doli actio non datur adversus eum qui decepit: [a] modò tamen alius ille solvendo fuerit. [b]

[a] *l.1. §. ultim. l.2. l.3. l.4. & l. ideoque. 5. ff. dolt. test.* [b] *d. l. 5. in fin. l. num. 11. C. l. & eleganter 7. §. penult. ff. d. t.*

63 Quòd si etiam dolo circumventus aliam habuerit quidem actionem, sed facto, aut negligentiâ suâ amiserit eam cessat de dolo actio, nisi in amittenda illa actione dolum quoque malum passus fuerit.

l. 1. §. Idem Pomponius refert 6. & §. seq. ff. d. tit.

64 Etsi verò, ut hactenus ostensum fuit, cùm deceptus alio quodam remedio rem servare potest, stringere actionem de dolo adversus eum, à quo deceptus fuit, nequit; [a] veruntamen concurrit quandoq; cum alia actione de dolo actio; puta, cum actione, quod metus causâ; [b] & cum actione præscriptis verbis ex articulo, facio, ût des: [c] Item cum actione in factum subsidiaria, si quis doli actione omissâ, honestiùs cum suo adversario confligere velit: [d] non etiam cum condictione indebiti, in casu l. si legatarius 23. ff. h. tit. [e] neque cum actione mandati, in casu l. 1. C. eod. t. [f] neque cum actione ex stipulatione in casu l. si fidejussor 19. ff. h. t. [g]

[a] *l. Dissepen. 5. ult. ff. de in integr. restit. l. 1. §. ait Praetor 4. & l. & eleganter 7. in princ. ff. de dol. mal.* Vide Schultes *lib. 1. quæst. 7. per tot.* [b] *l. item si 14. §. cum qui metum 1. ff. quod met. caus.* Cujac. *ad l. 1. ff. de dol. mal. & alij alleb.* Dissentit Donell. *lib. 15. Commentar. cap. 40. pag. 524. in fin. & pag. seq.* [c] *l. naturalis 5. §. at cùm do 2. Verf. sed si dedi tibi, & l. solebat 5. in fin. ff. de præscript. verb.* Duar. *ad l. jurisgentium 7. ff. de pact.* Dissentit Donell. *ad t. ff. de præscr. verb. cap. 16. & lib. 15. Commentar. cap. 40. pag. 525. in fin. & pag. seq.* [d] *l. non debet 11. in fin. & l. vel, quam Genalem 33.* ubi Cujac. *ff. de dol. l. cùm reus 14. ff. de fidejuss.* Duar. *ad l. jurisgentium 7. §. sed si 2. Verf. & ideo puto ff. de p.ac.* Cujac. *ad l. 1. ff. de dol mal.* omnino videndus Dn. D. Beiold. *part. 1. delibat. ff. fol. 349.* [e] Condictio enim indebiti excludit actionem de dolo. *l. arbitrio 18. §. de eo, qui sciens 3. ff. de dol. mal.* Cujac. *ad l. si legatarius 23. ff. de del. & in lib. 11. Pauli ad edict. pag. 164. & seq.* Sed obstare videtur *l. fideicommissum. C. de condict. indeb. l. sequis 2. ff. d. tit.* ad quæ loca respondent Cujac. & Donell. sed alius aliter. [f] Obstare videtur *l. si mandatu 59. §. 1. ff. Mand.* Sed vide Cujac. *lib. 3. obser. 9. cap. 37.* & Donell. *lib. 15. comment. cap. 40. pag. 526. Verf. Quarta species.* [g] Obstat *l. mutuat 32. §. ult. ff. de usur. & l. cum filiusfamilias 49. & l. more 80. ff. de verbor. obl.* ad quæ loca aliter respondet Cujac. *in lib. 37. Quæst. Papin. pag. 212.* aliter Donell. *lib. 15. Comment. c. p. 40. pag. 527. Verf. Quinta species.*

65 Dispiciendum nunc de actione doli: circa quam spectamus, tum qualis hæc sit actio, & quæ res hac actione petatur; tum personas, inter quas agitur, & tempus huic actioni præfinitum.

66 Est autem hæc actio in personam ex obligatione [a] maleficio constituta, [b] & quidem arbitraria. [c]

[a] *§. præterea 31. Verf. in personam, Inst. de act.* [b] *l. ex contractibus 49. ff. de obl. & act. item exigit 16. & l. Sabinus 29. ff. de dolo malo.* [c] *d. §. præterea 31. Verf. in personam. Inst. de action.*

67 Eaque petitur, ut, quod dolo amissum est, restituatur arbitrio & jussu Judicis: nisi res restituatur, sequitur sententia, & condemnatio, quanti actor in litem juraverit, quod tamen jusjurandum taxatione Judicis refrenatur. [a] Si manifestum fuerit, rem restitui non posse, ut si servus dolo malo traditus defunctus, aut res alia peremptave vel amissa sit, jussus, & arbitrium

bitrium Iudicis hic cessat, & protinus condemnatur Reus in id, quod interest actoris. [b]

[a] *l. arbitrio* 18. *in princ.* ubi Cujac. *ff. de dol. mal.* Idem Cujac. *in lib.* 11. *Pauli ad Edict. pag.* 162. *& seq.* Donell. *lib.* 5. *comment. cap.* 40. *pag.* 528. *vers. Quæ continuat.* [b] *d. l. arbitrio* 18 *§.* 1. *ff. h. t.* Atque hoc interesse æstimatur quoque actoris jurejurando in litem, si Rei dolo, vel latâ culpâ res perierit. *l. si servum* 2. *§.* 1. *vers. cum vero dolus ff. de in lit. jur. & l.* 11. *qui* 2. *C. d. rei.* Donell. *lib.* 15. *comment. cap.* 40. *pag.* 528. *vers. Quæ continuat. citra fin.* Vel æstimatur jurejurando actoris, quanti ea vera est, si Rei culpâ saltem non amplius exstet, *d. l.* 2. *§. in princ. & l. in actionibus* 5. *§. ult. ff. d. tit.* Oldendorp. *class.* 6. *act.* 11. *in fin.*

Quòd si res aliqua corporalis non sit amissa, sed quod aliud damnum datum, tunc actor tantum hac actione consequitur, quanti suâ interfuit, dolo adversarij se non fuisse deceptum. 68

d. l. arbitrio 18. *pen. & l. cum quis persuaserit* 31. *ff. de dol. mal.* Oldendorp. *class.* 6. *act.* 11. *num.* 6.

De quantitate autem modica, ut quæ duos aureos non excedit, non decernitur hæc actio. 69

l. si quis affirmaverit 9. *§ ult. & l. seq.* ubi Cujac. *ff. de dol. mal.* Vide eundem Cujac. *in lib.* 11. *Pauli ad Edict. pag.* 159. *& seq.*

Decernitur verò hæc actio illi, qui deceptus est, ejusque heredibus, [a] adversus eum, cujus dolo factum est id, de quo agitur. Ejusq; heredes, si quid ad hos ex ea re pervenerit, [c] tum etiam contra pupillum, si quid ad eum ex tutoris dolo pervenerit: [d] item adversus municipes, si quid ex dolo administratorum ad ipsos pervenerit: [e] proindeque etiam contra dominum, si ex Procuratoris dolo fuerit locupletior factus. [f] 70

[a] *l. heredibus* 13. *in princip. ff. de dol.* [b] *l. sed & ex dolo* 15. *§. ultim. ff. dict. titul.* [c] *dict. l. heredibus* 13. *in princip. junct. l. si plures* 17. *§.* 1. *& l. in heredem* 26. *ff. eodem tit.* [d] *dict. l. sed & ex dolo* 15. *in princ. ff. h. tit.* [e] *d. l.* 15. *§.* 1. *ff. d. tit.* [f] *d. l.* 15. *§. penult. ff. hoc tit.*

Si plures dolo fecerint, & unus restituerit, omnes liberantur. Quòd si unus etiam, quanti ea res est, præstiterit, adhuc cæteri liberantur. 71

l. si plures 17. *in princ. ff. h. t.*

Cæterum liberis adversus Parentes, libertis adversus Patronos, humili adversus eum, qui in dignitate constitutus est, puta plebejo adversus Magistratum, aut consularem, vili, ut luxurioso, aut prodigo adversus vitæ emendationis homines hæc actio non tribuitur: sed in locum ejus datur actio in factum. 72

l. non debet 11. *§.* 1. ubi Cujac. *ff. h. tit. l. si superstite patre* 5. *C. eod.* Donell. *lib.* 15. *Commens. cap.* 40. *pag.* 528. *in princ.*

Tempus huic actioni præfinitum olim erat annus utilis: ex lege verò Constantini est biennium continuum, quod tempus etiam ignoranti cedit ex eo die, quo dicitur dolus admissus. 73

l. ultim. C. de dol. mal. Quod dixi, hanc actionem ignoranti currere, obstat *l. non possunt* 3. *C. h. t.* Donell. hanc antinomiam tollere conatur *dict. lib.* 15. *c.* 30. *pag.* 529. circa finem: sed cum volentem quòd *d. l.* 3. corrigatur per *d. l. ultim.* minimè sequimur. Proponitur autem dicto loco jus singulare in eo, qui Reipubl. causâ abfuit. Cujac. *ad tit. de div. & temporal. præscript. Cod.* 21. adde Excell. Besold. *lib.* 4. *ff. part.* 1. *delibat. fol.* 352.

Est & illud singulare in hac actione, quòd etiam cæpta præfinito tempore 74

poté ultra biennium exerceri non potest: sed post biennium quoque finitur.

d. l. ult. C. h. tit. Cæteræ actiones temporales per litis contestationem fiunt perpetuæ, *l. ult. in fin. ff. de fidejuss. tutor. l. nam post exquam 9. §. si is, 3. ff. de jure jur. l. aliam causam 29. ff. de novat. l. 1. §. causâ 4. ff. de jure fisci, l. omnes 139. l. non solet 86. & l. nemo enim 87. ff. de R. jur.* Dn. D. Besold. *dict. loc. pag. m.* 353. Cujac. *lib. 18. obser. 29.*

75 In id tamen, quod pervenit ex admisso dolo ad adversarium, competit hæc actio etiam post biennium: & quidem perpetuò.

l. itaque 28. & l. seq. de dol. mal.

76 Denique circa doli actionem & illud quæri utiliter hîc potest: utrum ille, qui moturus est hanc actionem, prius in integrum sit restituendus, nec ne, ubi dolo inductus consensum suum alicui accommodavit? Donellus negat: [a] Nos illud contrà affirmamus. [b]

[a] *lib. 21. Commentar. cap. 5. pag. 664. lin. 35. & seqq.* [b] *l. 1. ff. de in integr. restit. & §. 1. tit. 7. lib. 1. sentent. Pauli,* ubi Paulus Iurisconsultus, Integri, aut restitutionem Prætor tribuit ex his causis, quæ per metum, dolum, &c. gesta esse dicuntur.

77 REstat Alienatio judicij mutandi, de quâ judicium futurum fuit, [a] causâ facta; quæ est delictum, [b] quo possessor rei eandem alienat, ut petitori duriorem, difficiliorem, molestiorem adversarium suo loco substituat. [c]

[a] *l. ex hoc edicto 8. §. 5. ff. de alienat. judic. mut. caus. fact.* Rei litigiosæ alienatio rescinditur *l. 2. §. ult. C. de litig.* & novus dominus exceptione repellitur, *l. 1. §. 1. ff. d. tit. l. 1. §. ultim. ff. quæ res pign. oblig. l. bonâ fide 27. §. 1. ff. ad Senatusconsultum Vellejan.* Vide Cujac. *in paratit. Cod. de litig.* [b] *l. 1. in princ. ubi, idq; data operâ in fraudem nostram l. item si res 4. §. si quis autem 5. & §. seq. l. quia pertinet 7. ff. h. tit.* Donell. *lib. 15. Commentar. cap. 27. pag. 456. vers. Prima species.* [c] *d. l. 1. 2. 3. & tot. tit. ff. & Cod. h. tit.*

78 Circa hoc autem delictum spectamus, tum Alienationem ipsam, judicij mutandi causâ factam; tum Iuris remedium, quo isthæc coërcetur alienatio.

79 In ejusmodi alienatione tria consideramus; possessorem alienantem, titulum alienationis, & alienationis finem.

80 Possessorem alienantem hîc intelligimus eum, cum quo acturi fuimus vel rei vindicatione, [a] licèt non dominium, sed possessionem alienaverit, [b] vel confessoriâ aut negatoriâ, [c] vel interdicto quod vi, aut clàm, aut aquæ pluviæ arcendæ actione, [d] vel cui novum opus nunciavimus, [e] vel contra quem communi dividundo judicio consistere voluimus. [f]

[a] *d. l. 3. §. 1. ibi, hominem, quem petebamus l. 4. in princ. ibi, nec peto, §. non solùm 2. & §. pen. ibi, si res non fuit petitoris ff. h. t. & l. un. C. eod. tit.* [b] *d. l. 4. §. non solùm 2. ff. h. t.* [c] *l. 4. §. ad jura etiam 4. ff. h. t.* [d] *d. l. 3. §. 2. ff. eod.* [e] *d. l. 3. §. opus quoque novum. ff. d. t. l. ult. ff. h. tit.*

81 Quæritur an huc quoque pertineat debitor, qui alium debitorem suo loco substituit? Id quod negamus.

per l. 1. C. de novat. Cujac. *lib. 10. obser. cap. 3.* VVesemb. *in parat. C. de alien. jud. mut. caus. fact.*

81 Sed si creditor durioris adversarij objiciendi causâ nomen, sive actionem

nem

nem suam personalem alteri cedat, num quid debitor edicto de alienatione judicij mutandi causâ facta, se tueri poterit? Ita quidem cum *Accursio Cujac.* [a] existimat, quem etiam sequitur *Wesemb.* [b] Atqui hæc sententia vix obtinebit. [c]

[a] *lib.10.observ.cap.3.* [b] *imparat. C. de alienat.jud.mut. caus.fact.* [c] Tum quia *tit.in ff.& C.* est conceptus de alienatione. Alienationis autem verbum pertinet ad res, non ad actiones, quæ non alienari, sed cedi, præstari, exhiberi dicuntur: tum quia *tot. tit. ff. & C.* agitur tantùm de actionibus in rem, non personalibus actionibus. Non obstat *l.ult.ff.h.t.* Nam & actio communi dividundo, de qua ibi agitur, tam in rem est, quàm in personam, *§. quædam actiones 20. Vers. item, Instit. de act.* Neque obstat *l.4. §. si quis 3. Vers. cæterum ff.h.tit.* Facit enim eo loco Iunsconsultus mentionem DOMINII. Unde patet, quòd loquatur de actione tantum in rem. Neq; tamen impunè quis potest personalem actionem potentiori cedere, creditor enim amittit debitum. *tot. tit. C. ne hic potent. litig. pat. præst.* Cujac. *lib.16. observ. cap.16.* Nec quisquam alienam personalem actionem in se transferre impunè potest, *l. antepen. pen. & ult. C. Mand.*

Titulus alienationis ejusmodi ut sit necesse est, quo inter vivos res alie- 83
natur; veluti, venditio, [a] donatio, [b] servi manumissio, [c] vel quis alius similis titulus: non tamen solutio. [d] Mortis verò causâ licitè fit alienatio; puta, heredem instituendo, vel quid legando. [e]

[a] *l. ex hoc edicto 8. §. ult. & l. ult. ff.h.t. d.l. un. C. eod. tit.* [b] *l. cum milites 11. ff. d.t.* [c] *d.l. 3. §. 1. ff. h.tit.* [d] *l. nam etsi 10. in princ. ff. eod.* [e] *d.l. ex hoc edicto 8. §. sed heredem 2. ff. hoc tit.*

Quod attinet finem hujus actionis, certè requiritur hic, ut ea sit facta fu- 84
t[illegible] judicij mutandi causâ, [a] & quidem animo objiciendi actori duriorem, sive difficiliorem adversarium, unde dolus malus arguitur; ut si in alterius provinciæ hominem, vel potentiorem aliquem, aut alium, qui vexaturus sit actorem, alienaverit rem controversam: [b] aut aliàs duriorem actoris conditionem fecerit. [c]

[a] *d. ex hoc edicto 8. §. 1. & l. ult. ff. de alien. jud. mut. caus. fact.* Excellentiss. Dn. Besold. *part. 1. consilium. ad lib. 4. ff. q. 21. fol. 379.* [b] *d.l. 1. in fin. l. 2. l. 3. in princ. & l. ult. ff. h.t.* [c] *d. l. 3. §. 1. ff. eod.*

Quòd si quidem judicij mutandi causâ, non tamen dolo malo; vel dolo 85
quidem malo, at non judicij mutandi causâ rei controversæ alienatio facta fuerit, alienatio ea huc non pertinet.

Idem, si res 4. §. 1. ff. h.t.

Remedium juris; quo coercetur hujusmodi alienatio, est vel prætoria in 86
factum actio, [a] vel denegatio actionis. [b]

[a] *l. 1. & tot. tit. ff. & C. de alienat. jud. mut. caus. fact. l. communis 24. §. 1. ff. comm. divid.* [b] *l. ult. ff. h.t.*

Actio illa in factum prætoria datur ei, in cujus fraudem res alienata est, 87
adversus eum, qui dolo malo alienavit, [a] Estq; restitutoria, [b] & quidem personalis ex delicto: [c] unde in heredem non datur, licèt heredi competat. [d]

[a] *l. 1. & tot. tit. ff. & C. de alien. jud. mut. caus. fact.* [b] *l. 2. §. ex quibus 4. ff. d. tit. & l. un. C. eod.* [c] *l. item si 4. §. si quis autem 2. ibi. cum in hoc edicto dolus malus fit mentio, & §. seq. ibi, modo si dolo malo fiat alienatio, & l. quæ pertinet 7. ff. d. t.* [d] *d.l. 4. in fin. & l. seq. ff. h. tit.* Quid si ad heredem defuncti Rei quid pervenerit? Ejus nomine adversus heredem quoque competit hæc actio, Cujac. *lib.13. observ. cap.37.*

88 Et si tutor pupilli, vel curator furiosi alienaverit, utilis actio competit: quia consilium hujus fraudis inire non possunt.

l. nam & si obligatus 10. §. 1. ff. h. t.

89 Continet autem hæc actio rei persecutionem,[a] & tanti est actori tenetur adversarius, quanti ejus interest, alium adversarium [illegible].[b]

[a] *d. l. 4. in fin. & l. quia pertinet 7. ff. de alien. jud. mut. caus. fact.* [b] *l. 1. & l. 3. §. ex quibus 4. ff. d. tit.*

90 Et quia hæc etiam Actio arbitraria est,[a] si reus rem deinde receperit, & restituerit eam actori, cessat hæc in factum Actio;[b] quæ denegatur etiam [illegible] judicium pati, perinde ac si possideret,[c] adversus eum, qui paratus est [illegible].

[a] *l. 4. §. ultim. ibi, arbitrio judicis. & l. ex hoc edicto 8. in princ. ff. h. t. junct. §. proinde ea 31.* Cujac. *in lib. 12. Pauli ad Edict. pag. 1801 col. 2.* [b] *d. vers. In his enim ut rebus [illegible] alienaverit 4. ff. h. tit.* [c] *d. l. 3. §. ultim. ff. eod. l. ex hoc edicto 8. in prin. & [illegible]*

91 Sed quæritur, [illegible] contra invitum eum, qui dolo malo alienavit rem, possit [illegible] vindicatio moveri? Nos id negandum arbitramur, nisi alienata res amplius non extet; aut ignoretur, ubi sit. Quo casu etiam ex veterum Jurisconsultorum sententia adversus eum vindicatio competit.[b]

[a] *per d. l. 3. §. ultim. ibi, [illegible] ff. h. tit.* [b] *l. quòd si dolo 22. l. is qui 25. l. fin. aut. cum 27. & fer. & [illegible] l. qui gentium 36. ff. de rei vindicat. l. nec ullum 13. §. pen. ff. ide pert. hæred. l. qui dolo [illegible] cum [illegible] in 150. ff. de R. I.* Sed vide Duaren. *ad tit. ff. & C. de alien. jud. mut. caus. fact.*

92 Cæterum hæc in factum actio post annum utilem non datur:[a] licèt quidem[b] intra quadriennium continuum hanc movendam esse actionem veterum.

[a] *l. vel post annum 6. ff. de alien. jud. mut. caus. fact. & l. post conditionem 16. in fin. ff. de aq. & aq. pluv. arc.* [b] Duaren. *ad d. t. de alien. jud. mut. caus. fact.* [c] *per l. ult. C. de tempor. in integr. restit.* Vide Dn. Martin. Rumelin. *part. 1. ff. disput. 12. thes. 18.*

93 Est tamen hoc loco sciendum, quòd quis possit etiam adversus possessorem rei alienatæ in rem actione consistere, si cum eo confligere malit.

d. l. un. ubi Cujac. *Cod. de alien. jud. mut. caus. fact. l. Stichum 95. §. dolo fecisse 9. ff. de furt.* Sed an res judicij mutandi causa alienata usucapi possit, tradit Dn. D. Besold. *part. 1. decis. at fol. m. 380. quæstion. 22. per tot.*

94 Denique actionis denegationem quod attinet, locus illi est, si socius judicij communi dividundo evitandi causâ rem communem, vel ejus partem alienaverit. Sive enim ille receperit iterum rem alienatam, denegatur ei actio communi dividundo: sive non receperit eam, denegabitur eadem illa actio ipsi, in quem facta est alienatio.

l. ult. ff. de alien. jud. mut. caus. fact.

Class.

CLASS. IV. DISPUTATIO VII.

DE ALIENATIONE IN FRAUDEM creditorum vel patroni facta.

THESIS I.

ALienatio [a] in fraudem creditorum fieri dicitur, quâ debitor patrimonium suum attenuat, [b] hoc consilio, ne inde æs alienum creditoribus integrè dependatur, quáque ipse par solvendo esse desinit. [c]

[a] Quo ordinis ratione hæc materia hic proponatur, arguit thesis *prima disputationis 5.* [b] *l. quod autem 6. in princ. & 5. proinde 2. ff. Quæ in fraud. credit.* [c] ut ex hac alienatione obligatio & actio nascatur, duo conjunctim requiruntur, consilium debitoris fraudendorum creditorum, & eventus ipse, *l. nil prætor. 10. §. 1. & l. si quis 15. ff. quæ in fraud. cred.* in quem titulum vide Zas. singulas ferè leges explicantem, & Stracham *in tractat. de mercat. tit. de negotiatore.*

Atque hæc alienatio delictum est, non modò ex parte alienatoris, [a] sed 2
& ex parte ejus, in quem facta est alienatio, si fraudis illius conscius fuerit. [b] Quòd si hic ignoret fraudem ex parte ipsius ab initio quasi contractus esse videtur, [c] at ex tempore, quo monitus rem in fraudem creditorum alienatam esse à creditore, si tentet eam retinere adversus creditores fraudatos, similiter delictum dici potest. [d]

[a] *l. ult. §. ultim. ff. d. tit.* [b] *arg. l. quod autem 6. §. hoc edictum, ibi: eum coercēri qui sciens, &c. qui §. ibi: quia dolus ei dumtaxat nocere debet. ff. Quæ in fraud. cred. junctâ l. 1. cm exigit 16. ff. de dolo.* Facit huc, quòd hæc alienatio parit actionem in personam, *l. videamus 38. in princ. junctis §. in Fabiana. ff. de usuris.* Quod item actio, ex hac alienatione nata, datur in eum, qui accepit rem alienatam, etiamsi ex ea locupletior factus non sit, ut patet ex eo, quod eatenus in ejus successores conceditur, quatenus ad eos quid pervenit de re alienata, *l. Cassius 11. ff. h. t.* Quodque adversus ipsum accipientem regulariter intra annum datur, post annum de eo tantum quod ad ipsum pervenit, *l. ait Prætor. 10. §. pen. ff. eod. t.* Denique hanc alienationem esse delictum sentit Donell. *lib. 15. comment. cap. 43. & lib. 24. c. 17. & ad §. item si quis in fraudem, nu. 4. 5. & 7. Inst. de action.* & Ioh. Oldendorp. *class. 6. act. 1. nu. 3.* [c] Oldendorp. *dicto loco.* [d] *arg. l. item si ejus 14. §. in hac petitione, vers. nec cuiquam ff. quod metus causâ,* Donellus *ad §. item si quis, n. 9. Inst. de action.*

Circa hanc alienationem duplex inspectio incurrit: una de ipsa alienatione: altera de actione, quæ ex ea alienatione nascitur. 3

In alienatione illa spectamus tùm debitorem alienantem, & maximè 4
circa eum, rem, quæ alienatur, modum alienandi, alienationis tempus, & eventum alienationis: tùm eum, in quem fit alienatio, scierit scilicet ille, an ignoraverit fraudem debitoris: tùm denique creditorum conditionem, quale scilicet eorum sit debitum, purum, in diem, vel conditionale: Et quando illud sit contractum.

5 Debitor ille pubes fuerit, vel impubes, & hujus tutor vel illius curator in fraudem creditorum alienaverit, nihil interest.

l. aut Prætor 18. §. si impubes 11. ff. Quæ in fraud. credit.

6 Res quæ alienatur à debitore, sit corporalis, putà, fundus, aut pecunia, [a] vel incorporalis, Veluti ususfructus, aut servitus, [b] actio, [c] vel Exceptio, [d] nihil item refert. Et si debitor in vetus creditum tradiderit creditori pignus, [e] aut debitori suo pignus remiserit; alienare hic in fraudem creditorum dicitur. [f]

[a] *l. 1. in fine, ibi. rem alienavit, & l. 3. ibi. sive numeraverit pecuniam, ff. Quæ in fraud. credit.* [b] *d. l. 3. §. 1. in fin. & l. 4. d. l. aut prætor 10. §. per hanc actionem 15. ff. d. tit.* [c] *d. l. in fine, ibi, sive acceptilatione, vel pacto aliquem liberavit. & l. seq. l. 3. §. 1 ibi, Verum etiam si forte data operam ad judicium non adfuit. vel litem mori patiatur. vel a debitore non petat, & l. hac in factum 14. d. l. aut prætor 10. §. præterea 22. ibi, sive res fuerunt, sive obligationes, ff. h. t.* [d] *l. aut prætor 10. §. si cum in diem 12. & l. omnes 17. §. ult. ff. h. t.* [e] *l. aut prætor 10. §. si cum alienatum. l. cum in fetus 22. ff. d. t.* Sed vide *l. illud 13. ff. eod.* [f] *l. Et si pignus 18. ff. h. t.* Sed obstat, quod qui pignus remittit, nihil de suo largitur, nihil de suo deminuit, *d. l. 18. ff. d. tit. l. 1. §. Quibus mod. pign. vel hypothec. sol. l. 3. in fin. ff. de legat. 3. l. quamvis in princ. ff. ad SCtum Vellejan. l. cetum, l. jubemus C. d. l.*

7 Illud tamen hic planè desideratur, ut debitor rem, quæ alienatur, in bonis suis jam habuerit. Quòd si conditioni stipulationis non paruerit, aut legatum, vel hereditatem sibi delatam repudiaverit, in fraudem creditorum alienasse non dicitur.

l. quod autem 6. in princ. & §§. seqq. ff. h. tit. l. non fraudatur 134. ff. de Reg. Iur. & l. alienationis. 28. §. 1. Qui cessione. ff. de Verbor. significat.

8 Unde nec dicitur in fraudem creditorum alienare debitor, qui tacitè & ipso facto hereditatem repudiat, ut qui suum filiumfam. aut servum proprium heredes institutos emancipat, aut manumittit, modò in ipsa manumissione servi nulla fraus sit. [b]

[a] *d. l. 6. §. simili modo. ff. Quæ in fraud. credit.* [b] *dict. l. 6. §. si servum suum 5. ff. dict. tit. Quid igitur filius ex hac re facit ne ejus bona creditoribus obveniant, atque filius eadem opera famæ querelam mortis testamenti omittat? Ad decisionem hujus quæstionis sciendum quamvis filius vivo parente, quodammodo si dominus rerum paternarum, quod tamen hoc fictione quadam iuris fiat. Respondetur tamen, quod filius querelam omittere non possit. per l. 1. h. t.* Similiter decidit & illa quæstio an filius hæreditate paterna in necem creditorum abstinere possit, &c.

9 Neque in fraudem creditorum alienare existimari debet, hæres fiduciarius, qui quartam Trebellianicam fideicommissario remittit, eique totam hereditatem sine deductione restituit, [a] aut legatario omissa Falcidia integrum legatum præstat. [b]

[a] *l. patrem 9. & seq. ff. h. t. facit l. si sponsus 5. si quæ rogatus. ff. de donat. inter vir. & uxor.* [b] *41. C. ad l. Falcid.*

10 Nunquid autem debitor, qui usuras futuri temporis suo debitori remittit in fraudem creditorum, eas alienare dicatur, quæri hoc loco potest? Nos affirmatum probamus responsum.

Quod enim in diem debetur, id statim debetur, *l. cedere diem. Verf. sibi in diem ff. de Verb. sign.*

si nisi. & §. omnis stipulatio, vers. in diem. Inst. de verb. oblig.at. Sed usuræ futuri temporis, puta futuri mensis, aut anni futuri debentur in diem. *argum. l. qui hoc anno 42. ff. de verb. oblig. & §. penult. Inst. de inutil. stipulat. junct. l. Modestinus 23. in princ. ff. de donat.* Proindeque hæc usuræ statim debentur. Quicquid autem debitori ab alio ita debetur, id ille alienare in fraudem creditorum non potest, *dict. leg. 1. §. ult. & l. 2. ff. Quæ in fraud. credit.* Quocirca nec usuras futuri temporis. Sed quidam alij dissentiunt per *d. l. Modestinus 23. in princ. ff. de donat.*

Modus alienandi continetur tùm consilio debitoris, in fraudem creditorum alienantis: tùm ipsius alienationis speciebus. 11

Consilium illud debitoris hic omninò exigimus, ut sine quo creditoribus jus revocandi alienata non tribuitur. 12

l. ait Prætor 10. §. si cui mulier 14. l. si quis 15. & l. cum in metu 22. ff. quæ in fraudem cred. Iason *ad d. §. item si quis num. 7. Inst. de action.* & Zas. *ad l. ait Prætor 10. §. prætereà, ff. quæ in fraud. credit.*

Hoc autem consilio dicitur esse, qui scit, se habere creditores, se verò ut sunt bona non esse solvendo. [a] Et certum est hujus consilii indicium, si qui scit creditores se habere, universa sua bona alienat, [b] quique conventus testato à creditoribus, ne venderet, quasi solvendo non sit, nihilominus perseverat. [c] 13

[a] *d. l. si quis cum 15. ff. b. t. & §. præsaluisse, Inst. quib. ex caus. manum. non licet.* [b] *l. omnes 17. §. 1. ff. h. t.* [c] *l. ait prætor 10. si quis participem 5. ff. eod.* plures fraudis conjecturas pete ab Ant. Fabro *lib. 7. conject. c. 20. pag. 59.*

Species alienationis hujus variæ sunt, [a] veluti venditio, [b] donatio, [c] solutio debiti, quæ fit post bona à creditoribus possessa, [d] liberatio ab obligatione, acceptilatione vel pacto facta, [e] tùm etiam actionis amissio, quæ fit ex eo, quod ipse debitor datâ operâ ad judicium nõ adest, vel litem suam mori patitur, vel à debitore suo non petit, ut tempore liberetur, [f] ut & amissio ususfructus vel servitutis, quæ fit per tempus non utendo, [g] & denique si debitor rem suam pro derelicto habeat. [h] 14

[a] *l. 1. §. ait prætor 2. ff. quæ in fraud. cred. l. ignoti juris. 5. Codice de rev. voc. his, quæ in fraud. cred. alienat. sunt.* [b] *l. si debitor 7. & l. seq. l. quod autem 6. §. apud Labeonem 6. in fin. ff. dict. tit.* [c] *l. quod autem 6. §. simile modo, ff. eod. tit. d. l. ignoti 5. ibi, Et cum qui ex lucrativo titulo, Cod. de rev. voc. his, quæ in fraud. cred.* [d] *l. quod autem 6. §. apud 6. & §. seq. l. ait Prætor, 10. §. si debitorem 16. ff. h. t.* [e] *l. 1. in fine & l. seq. & l. 3. in princ. ff. eod. tit.* [f] *d. l. 3. §. pen. ff. d. t. & facit l. 1. §. quid si in lite 7. ff. si quid in fraud. patr.* [g] *d. l. 3. §. pen. in fin. & l. seq. ff. quæ in fraud. cred.* [h] *l. sed etsi 5. ff. d. t.*

Neque refert donatio favorabilis sit, & privilegiata, ut est libertatis, [a] & dotis datio, [b] ut nec quod Testamento alienato facta est. [c] 15

[a] *d. l. quod autem 6. §. si servum 5. in fin. l. si quis 15. & ibi, Zas. ff. eod. tit. & l. in fraudem creditorum 10. & lege in fraudem 27. in prin. ff. qui & a quibus manumissi liberi non fiunt.* [b] *l. 2. C. de rev. voc. his, quæ in fraud. cred. l. ait prætor 10. §. si cum mulier 14. & l. hæc in factum 14. vers. Ergo si fraudatur. ff. quæ in fraud. cred.* [c] *l. primo gradu 23. ff. d. t.*

Quòd si ex constitutione D. Marci debitor bona sua alicui addixerit, libertatum conservandarum causa, dicendum erit, justam hanc esse alienationem. 16

d. l. ait prætor 10. §. si ex constitutione, ff. d. t.

17 Tempus alienationis quod attinet, nihil interest, facta ea sit, antequam debitoris bona à creditoribus fuerint possessa, an postea: [a] nisi alienatio facta sit solutione debiti: Tunc enim revocationi alienatorum locus tantùm est proportione, si post bona à creditoribus possessa, alienatio facta fuerit, non etiam, si antè. [b]

[a] *l. 3. §. pen. Vers. Verùm etiam, l. 4. ff. quæ in fraud. credit. junct. l. 2. §. 1. de Curat. bonis dando, l. si quis cum 14. l. omnes 17. §. ff. quæ in fraud. cred.* Donell. *ad §. item si quis, §. 9. Instit. de act.* [b] *l. quod autem 6. §. apud Labeonem 6. §. & seq. l. ait Prætor. 10. §. si debitorem 6. ff. quæ fraud. creditor.*

18 Quod pertinet ad alienationis eventum, certè nisi ex ipsa alienatione debitor solvendo esse desierit, revocationi alienatorum locus non erit.

d. l. ait prætor 10. §. 1. & d. l. si quis cum 15. ff. d. t.

19 Sequitur de eo, in quem facta est alienatio. In hoc maximè exigitur, ut sciat alienationem in fraudé creditorum fieri, atq; ita sit particeps fraudis.

l. 1. in princ. l. quod autem 6. §. Hoc edictum 8. l. ait prætor 10. in princip. & §. quod ait 2. ff. eodem tit.

20 Particeps autem fraudis dicitur non ille, quo duntaxat eum, cum quo contraxit, creditores habere scivit, sed qui & eum non esse solvendo, & in fraudem creditorum alienare prædicto modo scivit.

d. l. ait prætor 10. §. quod ait Prætor, ff. h. t.

21 Interdum tamen scientiam fraudis in hoc non exigimus: ut si pupillus sit, [a] vel donationis titulo quid alienatum sit. [b]

[a] *d. l. quod autem 6. §. Si quid cum pupillo 10. ff. quæ in fraud. credit.* [b] *d. l. 6. simili modo ff. d. tit.*

22 Quod attinet creditores, in quorum fraudem fit alienatio, nihil refert, debitum eorum sit purum, vel in diem, vel conditionale.

Per l. is cui 42. ff. de oblig. & act. l. cum is 8. l. si cum 16. §. pen. & l. in fraudem 24. ff. quæ & à quibus in annumissi. Obstare videtur, quo ad conditionale debitum, *l. pen. §. ult. ff. quibus ex causis pos. eatur.* vide Cujac. *lib. 10. obs. cap. 32. & in lib. 2. quæst. Paul. pag. 57. col. 2. in fin. & in lib. 37. Pistor. ad edictum pag. 79.*

23 At non perinde est, quando contractum fuerit, ante scilicet commissam fraudem, vel postea. Si antè fuerit contractum, locus est revocationi alienatorum: Sin pòst, non æquè, [a] nisi pecunia posteriorum creditorum priores dimissi fuerint. [b]

[a] *l. ait prætor 10. §. 1. Vers. cæterùm si illos, & l. si quis 15. ff. h. tit. l. 1. C. de fure fisci lib. 10. facit quoque l. qui cum 9. §. ult. ff. de transact.* [b] *d. l. ait prætor 10. §. 1. ubi Zas. num. 4. & l. nisi priores 16. ff. quæ in fraud. cred. confert l. 2. ff. de cessione bonorum, & l. si pignus 34. §. ult. ff. de reb. auct. jud. poss.*

24 Succedit Actio, quæ ex alienatione in fraudem creditorum facta, nascitur, quæ est Pauliana actio. [a] Et sæpenumero in libris nostris Iuris in factum actio appellatur: [b] cum qua concurrit etiam actio quædam in rem. [c]

[a] *l. si de annuis 38. §. in Fabiana, ff. de usuris.* [b] *d. l. ait prætor in fine pr. §. quod ait, 2. & §. seq. §. si cum creditor 12. §. si debitorem 16. §. annum 18. l. hoc interdictum 14. ff. quæ in fraud. cred. & l. ignaro 1. C. de revoc. his, quæ in fraud. cred.* Sed interdictum fraudatorum ex hac alienatione competere videtur, *per l. pupilli 96. in pr. ff. de solut.* [c] *§. item si quis in fraudem, Inst. de act.*

Est

Est autem Pauliana actio, in personam actio, [a] quâ revocantur ea, quæ 25
debitor in fraudem creditorum alienavit. [b]

[a] *d. l. Videamus 38. in pr. junctâ §. in Fabiana, ff. de usur.* [b] *tot. tit. C. de revoc. his, quæ in fraud. credit. alienat. & tot. tit. ff. quæ in fraud. credit.*

Circa hanc Paulianam, sive in factum actionem, dispiciendum tùm cui, 26
& adversus quem ea detur: tum ad quid & quamdiu competat.

tot. tit. de revocand. his, quæ in fraud. cred. & t. t. ff. quæ in fraud. credit.

Datur autem hæc actio curatori bonorum, si quis constitutus est; si nul- 27
lus est curator bonis constitutus, datur creditoribus. [a] Cæterùm datur curatori vel ipsis creditoribus fraudatis, hac conditione, si bona ipsius debitoris distraxerint. [b]

[a] *l. 1. in princ. ibi, Curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, ff. quæ in fraud. credit.* Cujus axiomatis segregativi parte posteriori significantur ipsimet creditores, in quorum fraudem bona alienata sunt, per *l. si pater 12. in fin. ff. dict. tit. & l. 1. & l. 2. l. 3. Cod. de revocand. his, quæ in fraud. credit.* De potestate Curatorum bonis distrahendis datorum vide *l. 2. §. 1. & seqq. ff. de Curat. bonis dando.* [b] *d. l. aut prætor 10. §. 1. ibi, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causâ fecit, bona ipsius vendiderunt, & l. ult. §. ult. ff. quæ in fraud. cred.*

Et licet unus si ex creditoribus fraudatis, qui remansit, quando cæteris 28
ex distinctis debitoris bonis satis fieret, locus est huic actioni; [a] ut & si debitor unum scivit creditorem fraudari, cæteros ignoravit. [b]

[a] *d. l. aut prætor 10. §. sciendum 6. ff. hoc tit.* [b] *d. l. aut 10. §. illud certè 7. ff. eod.*

Competit etiam hæc actio heredi, cæterisq; successoribus fraudati cre- 29
ditoris.

d. l. ait 10. §. ultim. ff. d. tit.

Cessat verò hæc actio, si non fraudatoris, sed heredis ipsius bona ve- 30
nierint.

d. l. aut prætor 10. §. si fraudator. 9. ff. hoc tit.

Quòd si tamen fraudatoris heres post aditam hereditatem, per in inte- 31
grum restitutionem ea se rursus abdicaverit hereditate, utilis Pauliana actio Curatori vel creditoribus conceditur.

d. l. ait prætor 10. §. si quid in fraudem 10. ff. eod. t. Directæ actioni ideò hîc etiam post restitutionem in integrum locus non est, quia qui semel heres extitit, non potest, quin & post restitutionem heres maneat, *l. ait prætor 7. §. sed quod Papinianus, ff. de minoribus. l. cum quæsi 30. §. sed etsi sunt, ff. de fideicom. libert.*

Cessat etiam hæc actio, si creditores alienationi consenserint, [a] aut pro 32
fraudatore alium reum vel dulcedine usurarum, vel quam aliam rationem secuti admiserint. [b]

[a] *l. quod autem 6. §. præterea illud. 9. ff. quæ in fraud. credit. l. nemo videtur 145. ff. de reg. jur.* [b] *l. ait prætor 10. §. si quid in fraudem 10. vers. si verò passi sunt. ff. quæ in fraud. cred.*

Datur autem hæc actio adversus eum, in quem in fraudem creditorum 33
quid alienatum est, si fraudis illius particeps fuerit. Quandoque tamen licèt fraudem ignoraverit, hac tenetur actione, si pupillus sit, aut titulo donationis rem acceperit.

l. 1. in princip. & l. ait prætor 10. in princ. l. quod autem, 6. §. Si quid cum pupillo, & §. seq. ff. d. t.

Si pro-

34 Si procurator alicujus, ignorante domino, cùm sciret, debitorem fraudandi creditoris consilium cepisse, quid acceperit ab eo, hac actione ipse tenebitur non dominus.

l. ult. §. si procurator, ff. quæ in fraud. cred.

35 Si quid gestum sit à tutore pupilli, vel curatore adolescentis aut furiosi, qui tutor aut curator fraudem non ignoret, sanè ipsi pupillo, adolescenti & furioso hactenus tutoris & curatoris scientia nocet, quatenus quid ad eos pervenit.

d. l. ait prætor. 10. §. ait prætor, ff. quæ in fraud. creditor.

36 Quòd si filiæfam. nomine dos data sit in fraudem creditorum, tenebitur & maritus, & mulier, & pater mulieris, si omnes fraudem sciverunt: sed maritus, ut dotem jam nunc restituat: mulier & pater, ut caveant, si ad se dos pervenerit, se restituturos.

l. ult. §. item si extraneus, ff. h. t.

37 Datur quoq; in fraudatorem ipsum hæc actio, si quædam ita perdiderit, ut nulla ratione recuperari queant: quo casu non emolumentum aliquod, sed pœnam continet hæc actio.

d. l. ult. ff. h. t. Zas. ad l. ait prætor 10. §. annus, ff. eodem.

38 Sed & in heredes accipientis, similesq; personas datur hæc actio in id quod ad eos pervenit.

d. l. ait prætor. 10. §. ult. & l. seq. ff. eod. tit. l. unic. C. ex delict. defunct.

39 Videndum modò, ad quid competat hæc actio. Competit autem in id, quod amissum est, ut restituatur, [a] sive res sit, sive obligatio, [b] vel quod aliud jus, puta, ususfructus, vel servitus. [c]

[a] *d. l. ait prætor. 10. §. per hanc actionem 20. & l. hac in factum, 14. ff. h. t.* [b] *d. l. ait 10. §. præterea generaliter, ff. h. t.* [c] *l. 3. §. pen. in fin. & lege sequente d. l. ait. 10. §. per hanc actionem 15. ff. eodem.*

40 Et quod ad rem attinet, quæ alienata est, hoc continetur, ut & possessio & dominium restituatur: [a] nec tenetur actor, precium rei emptori restituere, nisi fortè nummi soluti extent in bonis debitoris. [b]

[a] *d. l. hac in factum 14. ff. h. t.* [b] *l. si debitor. 7. & l. seq. ff. eod.*

41 Obligatio si amissa sit, restauranda & ea est, qualis antea fuerat, [a] ut si stipulatio accepta facta fuit, ex integro ea interponi debet: [b] quæ si conditionalis fuit, cum sua conditione: si in diem, cum sua die: si pura, purè restauranda erit: si temporaria, in id tempus duntaxat restaurari debet, quod tùm, cùm obligatio extincta est, obligationi supererat. [c]

[a] *l. omnes 17. in pr. ff. quæ in fraud. creditor.* [b] *d. l. ait 10. §. sicut mulier 14. vers. exitus autem actionis, ff. d. t.* [c] *d. l. ait 10. §. si conditionalis, ff. eod. t.*

42 Quòd si Mævius per fraudationē nactus sit actionem contra ipsummet debitorem, liberare eum tenetur: sin adversus alium, puta Titium (ut si fraudator tradiderit rem quandam Titio, ut eam Mævio, qui ad hoc ipsum Titium interposuerit, redderet), tum Mævius mandati actionem, quam adversus Titium habet, creditori cedere tenetur.

d. l. hac in factum 14. ff. quæ in fraud. credit.

Quod

Quod attinet fructus, partus, cæterasque in fraudem alienata accessio- 43
nes, cum Reus restituere teneatur rem, & verbum restituendi, plenam habeat significationem, [a] certè hâc quoq; accessione in hanc veniunt actionem; [b] Vnde si alienationis tempore fructus cohæserunt terræ, vel post inchoatum judicium percepti sunt fructus, [c] aut porrigi potuissent à fraudatore, [d] & hos restitui oportet, ut & partus animalium: Medio autem tempore percepti fructus, aut conceptus partus, in restitutionem non veniunt. [e]

[a] *l. videamus* 38. *§. in Faviana. ff. de usuris, & l. restituere* 75. ubi Gœdd. *ff. de V.S. & d. l. ait* 10. *§. præterea. ff. quæ in fraud. creditor.* [b] *l. ait prætor* 10. *§. per hanc* 19. *cum duobus §§. seq. ff. d. tit. & d. l. videamus* 38. *§. in Faviana. ff. de usuris.* [c] *l. ult. §. non solum. ff. quæ in fraud. creditor.* [d] *d. l. ait* 10. *§. & fructus* 20. *d. tit.* [e] *d. l. ult. §. non solum. ff. eodem:* Vbi quod de medii temporis fructibus & partu dicitur, dubitationem recipit *ex d. l. ait prætor* 10. *§. præterea generaliter* 22. *vers. propter quod etiam medij temporis. ff. d. t.*

Mercedes autem locatorum à Reo prædiorum, itemque annui reditus, 44
etiam medio tempore perceptæ, perceptivé in hanc restitutionem venire existimantur, non autem usuræ, nisi in stipulatum deductæ fuerunt, aut talis sit contractus, in quo usuræ deberi potuerunt, etiam non deductæ.

d. l. ait prætor 10. *§. præterea generaliter* 22. *vers. propter quod etiam*, ubi Zasius. *eod. tit.*

Non priùs tamen cogendus est reus, rem cum suis accessionibus resti- 45
tuere, quàm si impensis necessarias consequatur. Idemque erit probandum, & si quis alios sumptus ex voluntate fidejussorum creditorumque fecerit.

d. l. ait prætor 10. *& fructus* 20. *ff. hoc tit.*

Datur autem hæc actio intra annum duntaxat, quo experiundi potestas 46
est, [a] ex die venditionis bonorum computandum. [b] Post annum etiam de eo, quod ad Reum pervenit, competit.

[a] *l. 1. in princ. l. ait prætor* 10. *in princ. & §. annus* 18. *ff. eodem tit.* [b] *d. l. ait prætor* 10. *§. penult. ff. d. tit.*

Cum hac Pauliana in personam actione concurrit quandoque actio in 47
rem rescissoria, [a] quæ Pauliana non est. [b]

[a] *§. item si quis in fraudem. Instit. de action.* [b] Donell. *d. loco nu.* 2. vide quoque eundem Donell. *ad §. rursus ex diverso, nu.* 14. *Inst. d. tit.*

Est autem hæc rescissoria actio, qua creditores rem, quam debitor, post- 48
eaquam ejus bona jussu magistratus ab ipsis creditoribus possessa sunt, in fraudem ipsorum creditorum alienavit, ab eo, cui tradita fuit, repetunt, ac si verè tradita non sit, sed manserit in debitoris bonis.

d. §. item si quis, ubi Donell. *nu.* 2. & 9. *Inst. de actionib.* Differt itaque hæc actio à Pauliana actione, tum quia in rem est; tum quia ei locus est tantùm facta alienatione, postquam bona debitoris jussu magistratus possessa sunt; tùm quia competit, etiamsi possessor fraudis particeps non sit; tùm denique tamdiu competit, quamdiu creditoribus satisfactum non fuerit. Donellus *d. loco num.* 11. 12. & 13.

Ratio autem, cur hæc in rem actio creditoribus competat, hæc est, quod 49
postea quam ex missione in possessionem bonorum debitoris venerunt in ipsam possessionem creditores, reale quoddam jus, putà, jus aliquod pignoris in ipsis debitoris acquisiverunt.

l. non est mirum 26. in princ. & §. 1. ff. de pignor. act. l. eum qui 35, & l. Antiochensium 17. ff. d. rebus auth. jud. poss. d. l. 3. §. 1. ff. de rebus eorum quæ sub tut. vel cur. sunt.

50 Hæc tamen actio differt ab hypothecaria actione, [a] quæ & ipsa creditoribus de hoc pignore competit. [b]

[a] Nam huic Rescissoriæ actioni locus tantùm est, si res tradita sit à debitore, & quidem tradita in fraudem creditorum, *d. §. item si quis. Inst. de act.* At hypothecaria competit, quocunque modo ad alium possessorem res debitoris pervenerit, *l. 2. C. de prator. pignor.*

51 Sequitur de alienatione in fraudem patroni facta. Dicitur autem alienatio fieri in fraudem patroni, cùm libertus ita patrimonium suum diminuit, [a] ut patrono legitima portio ipso liberto defuncto amplius reliqua non sit.

tot. tit. ff. si quid in fraud. patroni. & tot. tit. C. si in fraud. patroni.

52 In hac alienatione spectantur simpliciter tum ipsa alienatio, tum actio, qua revocantur alienata.

53 Alienatio isthæc, aut inter vivos fit, aut ultima voluntate, veluti donatione mortis causa, vel legato. Illa hactenus pro legitima patroni portione revocari potest, quatenus dolo malo facta fuerit: hæc verò licèt non sit dolo malo facta.

l. 1. §. 1. & l. Hyperonymus 2. §. si intestatus. ff. si quid in fraud. patroni.

54 Nihil autem refert, fraudis conscius sit nec ne, cui libertus bona sua alienavit.

d. l. 1. §. dolum accipere 4. ff. d. t.

55 Est tamen nihilominùs hæc alienatio delictum si spectes obligationem, & animum ejus, qui rem sibi alienatam patrono restituere negat.

arg. l. teneatur 5. §. 1. ff. h. t. & l. item 14. §. in hac actione. vers. ult. ff. quod met. caus. Et scribit Donell. *lib. 15. comm. jur. cap. 4.*

56 Actio qua in fraudem patroni alienata revocantur pro portione legitima, est vel Faviana actio, vel actio Calvisiana; [a] utraq, in personam est. [b]

[a] *l. 1. §. si pluribus 11. §. si plane 18. & 55. seqq. l. 3. §. 1. 2. 3. & 4. l. 5. l. 7. ff. si quid in fraud. patroni.* [b] *d. l. 5. Hæc actio 26. ff. d. tit.*

57 Faviana actio datur patrono testato liberto: Calvisiana intestato liberto.

d. l. 3. §. si intestatus. ff. d. tit. & l. 2. C. si in fraudem patroni. & ubique Cujac. *in paratit.* Idem Cujac. *tract. ad Africanum, 3. in explicat. d. l. teneatur Flaviana 5. ff. hoc tit.* Arnold. Haersolte *in adversariis de actionibus, act. 13. ad 6. part. pandect.* Cæterum Oldendorp. *ff. 6. act. 3.* scribit Calvisianam actionem communem esse Paulianæ, & Favianæ actionibus.

58 Competit autem utraq; illa actio ipsi patrono, & ejus heredibus, adversus eum, cui libertus rem suam alienavit, ejusq; heredes, [a] ad revocandum legitimam portionem, [b] quæ olim dimidia fuit, hodie tertia portio bonorum liberti, sine liberis, aut iis exheredatis defuncti. [c]

[a] *d. l. 1. & hac actio 26. ff. h. t.* [b] *d. l. 1. §. si pluribus 11. & §. quamvis 21. §. si quid in fraud. patroni.* [c] *sed nostra constitutio, Inst. de succes. liber.*

59 Revocantur alienata non in solidum, sed in partem tantùm debitam, nisi quædam alienaverit libertus, quæ divisionem non recipiant, veluti servitutes.

d. l.

[a] *l. 1. §. sipatronus. & §. quamvis ff. h. t.*

In hac utraque actione veniunt etiam fructus, tam ante, quàm post li- 60
tem contestatam percepti.

l. 1. in fin. & l. 2. ff. h. t.

Quòd si Reus non restituat rem, tùm tanti condemnatur, quanti actor 61
in litem juraverit: [a] unde sequitur arbitrariam hanc esse actionem, [b] non stricti juris. [c]

[a] *d. l. teneatur. §. 1. ff. eodem tit.* [b] Donell. *ad §. præterea quæsitum, num. 8. Inst. de action.* [c] In actionibus enim fructus non æstimatur in litem. *l. 5. in fin. l. 6. & l. cum furiosi ff. de in litem jurand.* Oldendorp. *ad rem. class. 6. act. 2. nu. 10. scribit*, stricti juris hanc esse actionem.

Et quia utraque hæc actio rei persecutionem habet, quæ res quodam- 62
modo ad jus patroni pertinet, in perpetuum competit.

l. si patronus 3. §. 1. ff. h. t. Donell. *lib. 16. Comment. cap. 8. pag. 641.*

CLAS. IV. DISPUTAT. VIII.

DE CORRUPTIONE ALBI PRAETORIS; de majoris summæ in libello actionis petitione; De vocatione in jus contra edictum: de exemptione violentæ ejus, quæ in jus vocatus est: De dolosa retentione ejus, qui in judicium vocatus est: De contemptu ius dicentis: & de judicatione mala, dolo facta.

THESIS I.

QVÆ reliqua sunt innominata delicta, [a] hac disputatione complecti certum nobis est. CORRUPTIO ALBI PRÆTORIS EST, quâ quis id, quod jurisdictionis perpetuæ causâ, à Magistratu, in albo, vel in charta, vel in alia materia, publicè propositum fuit, dolo malo corrumpit aut tollit, per se, vel per alium, suo proprio consilio, aut alterius mandato. [b]

[a] *proposita disput. 5. Thes. 1.* [b] *l. si quis 7. ff. de jurisdict.*

Ex hoc delicto nascitur actio popularis in delinquentem, quæ pœnam 2
quingentorum aureorum continet. [a] solvendam ei, qui egit. [b] Atque hac actione, etiam directa, teneri & eum, qui hoc nostro seculo, Magistratus, jurisdictionem habentis, edicta, perpetuæ jurisdictionis causâ, publicè proposita corrumpit, aut tollit, dolo malo, nihil dubium est. [c]

[a] *d. l. si quis 7. in princ. ff. d. tit.* ubi lectionem Florentinam, quæ habet, quingentorum aureorum, probamus, argumento, *tum l. si familiæ 9. ibi: contempta majestas Prætoris vindicatur, ff. eodem tit. tum l. 3. in pr. ff. de sepulchro violato*, tùm etiam authoritate Cujacii *lib. 19. observ. cap. 31. & in comment. lib. 3. Pauli ad edictum, pag. 34.* & Wesenbecii *in paratit. ff. d. tit. de jurisdiction.*

diction num. 13. At Donellus *lib.* 15 *commentar. c.ap.* 24 *pag.* 451. Oldendorp. *class.* 1. *act.* 3. *num.* 6. & post alios Ioan. Schneidevv. *ad §. pœnales, nu.* 28. & ibidem Hottoman. *Instit. de actionibus*, veriorem putant lectionem, quæ est de quinquaginta aureis. [b] Cum etiam popularis hæc actio sit, nec addatur, cui ea pœna adjudicari debeat, verisimile est, non fisco, sed actori eam applicandam esse; quò facit etiam *d. l. 3. in prin. ff. de sepulch. violat.* Quodque Iustinianus Imp. actionem ex hoc delicto annumerat illis actionibus, quibus aliquis persequitur, quod sibi debetur, *ut d. §. pœnales, Inst. de actionib.* Atque hæc est communis opinio, ut post alios scribunt, Oldendorp. *class.* 1. *act.* 3. *num.* 6. & Iohan. Schneid. *ad d. §. pœnales. num.* 28. *Inst. de actionibus*. Sed Wesemb. *in paratit. ff. de jurisdict. num.* 13. & Arnold. ab Haersolte. *in adversariis de actionib. ad partem* 1. *ff. act.* 5. *num.* 8 autumant, dividendam hanc esse pœnam inter fiscum, & actorē, *per l. lege Cornelia.* 25. *§. ult. ff. De SCto. Silan.* [c] Cùm enim eadem requisita adsint in corruptione edictorum Magistratus nostri temporis, cur non idem jus de his admitteremus? contrà *l.* 1. *§. Quod vulgò* 25. *ff. de Ss & Ss arm.*

3 Quòd si plures hac experiri volent actione Prætor eligit magis idoneū; [a] & si plures fecerint, vel corruperint, vel mandaverint, omnes tenebuntur; [b] adeò quidem, ut non sufficiat, unum eorum pœnam luere. [c]

[a] *l. 2. ff. de popularib. act.* [b] *d. l. si quis 7. §. ult. ff. de iurisd.* [c] *l. adeò quidem 8. ff. d. t.*

4 Si familia alicujus album corruperit, quot servi sunt, qui protervè album corruperunt, tot pœnas dominus, qui eos defendit, dependere tenetur.

dict. l. si familia 9. ff. dict. tit. ad quam legem vide Cujac. *in lib. 3. Paulii ad edictum, pag.* 33.

5 In heredes corrumpentis, non datur hæc actio, neque suprà annum extenditur.

l. ult. ff. de popularib. actionib. Winter *de Assessore part.* 2. *c.ap.* 5. *fol.* 238.

6 Albi corrupti actione an teneatur, qui vel libros armarij publici, vel acta judicaria in archivo publico reposita corrumpit in disquisitionem vocatur? Doctores autem communiter affirmant; [a] Nos cum Fulgosio, & Zasio, [b] negamus. [c]

[a] Bart. & alii ad *l. Si quis 7. ff. de Iurisdict.* Iason Angel. & alii *ad §. pœnales quoque, Instit. de actionibus.* [b] *Ad dict. l. Si quis ff. de Iurisdict.* [c] *per text. in dict. l. Si quis 7. in princ. ibi, quod Iurisdictionis perpetua causa, ff. d. tit.*

7 An eādem conveniri actione possit, qui hominis cujusdam imaginem, in laudis monumentum publico in pariete depictam corrumpit ambiguæ quæstionis est? Contra Bartol. & alios cum eodem Fulgosio, & Zasio [a] id negamus. [b]

[a] *In dict. l. Si quis 7. ff. de Iurisdict.* [b] Peridem fundamentum præcedenti conclusioni nostræ adpositum.

8 Sed quid si studiosus aliquis edictum Senatus Academici, quo ob grande aliquod facinus studiosus quispiam relegatur, protervè & dolo malo corrumpat, (id quod alicubi factum meminimus) nunquid hac etiā actione convenitur? Ita quosdam arbitrari scimus, quibus nostrum addere calculum recusamus, existimantes, aliam in hunc pœnam converti.

Per d. l. Si quis 7. in princ. ff. de Iurisdict.

9 Falsi pœna an teneatur, qui edicta proposita dolo malo corrumpit quæstionis est? affirmamus.

l. pen. ff. ad l. Cornel. de falsis.

MAIO-

MAIORIS ſummæ in libello actionis petitio eſt, cùm quis, adverſa- 10
rium ſuum in jus vocaturus, & libellum actionis editurus, in ipſo conventionis libello, majorem quantitatem, quàm ſibi debetur, dolo complexus eſt, atque hinc Reus majores ſportulas Apparitori dependere coactus fuerit, & inde rei familiaris damnum ſenſerit.

§. Tripli 24. Inſtit. de actionib.

Ex hoc delicto datur ipſi Reo convento condictio ex lege, contra hujuſ- 11
modi adverſarium, in triplum ejus ſummæ, quæ ultrà, quàm oportebat, à Reo Viatori depenſa eſt.

dict. §. Tripli, ubi Hottoman. & Doneli. *Inſtit. de actionib.*

VOCATIO in jus contra edictum eſt, quâ quis ſine petita venia in 12
jus vocat aliquem ex parentibus ſuis, utriusq; ſexus, in infinitum, licèt naturalis ſit, aut ſuum patronum, ejuſvé liberos, [a] aut alium quempiam eorum, quibus reverentia præſtanda eſt, [b] veluti Novercam ſuam, Maritumvé, [c] Magiſtratum perpetuum, [d] aut ſuum feudi Dominum. [e]

[a] *l. 4. §. 1. & ſeq. l. adoptivum 8. & ll. ſeqq. ff. de in jus vocand.* [b] *l. Generaliter 13. ff. d. tit.* [c] *arg. l. 1. Cod. eod. tit. l. alia 14. in fine. ff. ſolut. matrim. junct. l. generaliter 13. ff. de in jus vocand.* Cujac. *lib. 10. obſerv. cap. 19. circa fin.* Oldendorp. *claſſ. 1. act. 4. cap. 4. num. 6.* De Noverca vide Rimelin. *part. 1. ff. diſp. 4. theſ. 29.* Fachin. *lib. 10. contro. 88.* Ubi diſſentiunt. [d] *l. 2. & l. 3. C. ubi ſenatores vel clariſſ.* Bald. *ad l. Berè a Zenone, in addit. C. de quadriennii præſcript.* Iaſ. *ad l. 2. nu. 2. ff. de in jus vocand.* & ibidem etiam Zaſius, Oldendorp. *d. claſſ. 1. act. 4. cap. 4. num. 7.* [e] *per d. l. generaliter 13. ff. de in jus vocando, junct. text. 22. Verſi contra autem, ibi ſalva reverentia, & tit. 23. verſ. Quomodo enim Vaſallus lib. 2. F.* Speculator *Tit. de feud. §. ſuper homagio, 2. num. 33.* Zaſius *in ſing. intellect. Iſti non ſortem, §. liberum ff. de cond. indeb. Et in epit. feud. part. 7.* Iaſ. *ad l. generaliter 13. num. 4. ff. de in jus vocand.* Ioh. Oldendorp. *claſſ. 1. act. 4. cap. 4. num. 5.* Welembec. *in parat. ff. de in jus voc. nu. 6* Hartman. Hattm. *ab Eppingen lib. pract. obſerv. Tit. de feud. obſerv. 44. in addit.* Vide Rolandum à Valle *conſil. 8. Vol. 2.* Vbi meminit cauſæ cujuſdam, in qua venia priùs fuit impetrata. *Sic etiam Anno 1553. in cauſa Nobilium à* Wilſberg / *contra Comitem in* Hanaw, *& Dominum in* Liechtenberg / hæc venia in Camera Imperiali petita fuit. *Vt & Anno 1578. in quadam alia cauſa.* Vide Vulte. *ad §. Pœnales, num. 28. Inſtit. de actionib.* Vbi diſtinguit inter feudi Dominum, qui Vaſalli Magiſtratus eſt, & inferiorem Dominum. Vide eundem Vultejum *lib. diſceptat. Scholaſtic. cap. 1. pag. 30. & ſeq.* Vbi varios Doctores contrarium ſentientes citat, & ſequitur, inter quos etiam eſt Kirchovius, *in theſauro commun. opin. cent. 4. lit. V. concluſ. 97. Verb. Vaſallus poteſt Dominum, &* Mynſinger. *cent. 4. obſerv. 92.* Georg. Everhard. *conſil. 39. Vol. 2.* Vide Fachin. *lib. 10. contro. 89.*

Quod de parentibus diximus, exaudiri debet de his, quorum poteſtati 13
ſubjecti non ſumus.

l. 3. C. de in jus vocand. l. adoptivum 8. in princ. ff. d. tit. l. hiis nulla 4. ff. de Iudicijs, vide Oldendorp. *dict. claſſ. 1. act. 4. in pract.*

Similiter Præceptor à diſcipulo abſq; veniæ petitione in jus vocari non 14
poteſt.

d. l. Generaliter 13. ff. de in jus vocand. vide Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. cent. 5. caſu ultim.*

Doctores legum, Medici, & literarum profeſſores, in judicium duci an 15
poſſint quæritur: Conſtantini ſanctio id vetat.

l. Medicos 6. C. de profeſſoribus & medicis.

Poſſitné quis impunè parentem ſuum ſpiritualem, compatrem & teſtem 16

Baptistæ, absque veniæ petitione in jus vocare? Doctores negatæ sententiæ patrocinium suscipiunt.

Vide Arg. Arcum *ad Inst. §. mandat. quæq. num. 6. Inst. de action.*

17 Ex hoc delicto nascitur in factum actio, quæ tribuitur vocato in jus adversus vocantem, in aureos quinquaginta: [a] nisi ante litis contestationem remiserit actionem, aut non venerit vocatus, aut non invitus sit vocatus. [b] Quæ tamen actio heredi, aut in heredem, & post annum non competit. [c]

[a] *l. Liberti 12. l. pen. & ult. ff. de in jus vocand.* [b] *l. quamvis 11. ibi. actionem remittat, ff. d. t.* Oldendorp. *class. 1. act. 4. in princ.* [c] *d. l. pen. ff. de in jus voc.*

18 Et licèt quis ex rusticitate hoc modo deliquerit, [a] hæc tamen pœna in eum convertitur. [b]

[a] Vocatio in jus contra edictum est delictum *l. 1. in fine, & l. 2. ff. Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat*, & probavi *sup. cap. 7. sect. 1. thesi 1.* [b] *l. 2. C. d. t.* Facit quod lata culpa dola proxima est *l. cum res 47. §. veniæ ff. de legat. 1. si furtum 9. ff. de incend. ruin. & naufrag. l. mulier 22. §. sed enim, ff. ad Treb. Bullion. l. quæsitum 8. §. eum quoque ff. de precario. l. si fideiussor 25. in princ. ff. Mandati* & dolum repræsentat, *l. 1. §. culpa ff. Si quis testamen. teb. esse jussi fuer.* & quandoque dolus dicitur, *l. magna, ff. de V. S. l. quod Nerva ff. Depositi. l. 1. cui 5. §. dolum ff. Ut in poss. legator.* Vide quoque Duaren. *ad l. 5. in Verbis: non etiam ob culpam ff. de pactis. juram.* & Coras. *lib. 4. Miscel. cap. 2.*

19 EXEMPTIO violenta ejus, qui est in jus vocatus, est, quâ is, quis ab aliquo in jus ad Magistratum [a] vocatus est, nec cautionem judicii sistendi causa præstitit, [b] à tertio quodam per vim [c] impeditur, quo minùs confestim in jus veniat: [d] eaque etiam delictum est. [e]

[a] *per l. 2. §. 1. ff. Ne quis eum, qui in jus vocatur.* [b] Hoc differt præsens delictum, à delicto sequenti, vide Cujac. *lib. 10. obs. c. 10.* [c] *l. 1. in v. ibi: Si crepuit. l. 2. ibi: Si eximat. Item ibi: Si eximendum l. 3. in fin. l. 5. §. 1. ubi qui: Si eximit. & l. ult. ff. eod. tit.* [d] *l. 4. in princ. & l. 5. §. hoc vero ff. d. t.* [e] *d. l. 1. in princ. ibi: compescetur. & l. ult. in fine. l. 2. ibi: similis delicto. d. l. 2. §. 1. ibi. quæ enim delicta l. 5. §. pen. ibi: si plures delinquerint. & d. l. ult. ibi: pœna unius sufficit ff. d. t. & §. veniæ, Inst. item ad Aquil. cum. Inst. de action.* Oldendorp. *class. 1. act. 5. n. 2.* Donellus *lib. 15. comment. cap. 4. n. 457. in princ.* Obstat, *l. 5. in fine ff. Ne quis eum, qui in jus vocatus.*

20 Ex hoc delicto nascitur pœnalis in factum actio, adversus extimentem, qua non id contentus, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est; [a] id est, quantum in libello conventionis ab actore petitum est. [b]

[a] *l. 5. §. 1. ff. Ne quis eum, qui in jus vocatus.* [b] Duaren. *ad l. 5. num. 9. ff. de in jus voc.* Dissentit Bartolus *ad l. 5. §. 1. ff. Ne quis eum, qui in jus vocatus, &c.* Vbi hunc locum satis elegantè juxta jura interpretatur.

21 Quòd si, lares deliquerint, in singulos datur hæc actio, & nihilominùs manet, qui exemptus est, obligatus.

d. l. 5. §. pen. ff. Ne quis eum, qui in jus vocatus, vide Cujac. *d. l. lib. 10. obs. c. 10.*

22 Heredibus autem ità dabitur, si eorum interfit. Neque autem in heredem, neque post annum dabitur.

d. l. 5. §. pen. ff.

23 Non est circa hoc, & præcedens delictum, omittendum, quod olim in jus ab adversario, juris experiundi causa, vocatus, vel confestim sequi vocantem

cantem tenebatur, nisi judicio sistendi causa caverit; [a] vel invitus ab eo in jus vi rapiebatur. [b]

[a] *tot. tit. ff. in jus vocati ut cant. aut fiat. vel cautum dent.* [b] Vt arguit inscriptio, *Isolat. in* 48. ubi Gœddeus *num. 1. ff. de V. S. l. 4. in princ. ff. Ne quis eum, qui in jus vocatus.* Duaren. *lib.* 1. *disput. cap.* 1. Cuiac. *lib.* 7. *observat. cap.* 16. *& lib.* 10. *cap.* 10. *& in comment. ad. lib.* 1. *Pauli ad edict. pag.* 8. *& sequent. & in lib.* 4. *Pauli ad edict. p. pag.* 93. *& seq.* Donell. *lib.* 22. *comment. cap.* 2. *pag.* 6. Vulteius *lib. disput. scholast. cap.* 1. Dissentit Robert. *lib.* 3. *sentent.* 1. Videetiam Iohan. Vandum *lib.* 2. *quæst.* 26.

Aliud tamen fuit Vocatio in jus, aliud iteîn raptus vocati; illa præcede- 24.
bat, hic sequebatur, si vocatus vocantem sequi negabat.

arg. l. quamvis 1. *ff. si quis* 19. *vers. sed si ad eum l. sed & si* 21. *ff. de in jus vocando. Tum & argum. tit. ff. si quis in jus vocatus non erit, & duorum Tit. sequent.* Hinc ergo convincitur error eorum, qui jus illud de petenda venia vocandi in jus eum, qui absque veniæ petitione vocari impunè nequit, abrogatum esse scribunt.

DOLOSA retentio ejus, qui in judicium vocatus [a] est, dicitur quâ 25.
quis per se, vel per alium dolo malo quacunq; ratione impedit, ad judicium die præfinito venire eum, qui judicio sistendi causa vocanti adversario cautionem præstitit. [b] Estque & hoc factum delictum aliquod. [c]

[a] *l. 3. in princ. ff. de eo per quem factum erit, &c.* [b] *tot. tit. ff. De eo per quem factum erit.* Hoc etiam differt præsens delictum à superiori, uti arguunt *tit. ff. Qui satisdare cogantur, & tot. sequent.* Qui duo tituli interpositi sunt inter *tit. Ne quis eum, qui in jus vocatus, & d. tit. De eo per quem factum erit,* & scribit Cujac. *lib.* 10. *observ. cap.* 19. Hæc cautio præstari solita erat, vel extra jus, quando quis ab adversario in jus vocabatur, vel in jure coram prætore, vel alio, qui Iurisdictioni præerat, cum scilicet vocatus confestim in jus veniret, ut arguunt *Rubr. & tit. ff. In jus vocati ut cant. aut fiat vel eatur cautum dent.* [c] *l. 1. in princ. ibi dolum ejus coërcere, & §. 1. ibi dolo malo, §. si plures ibi dolo desecerint, & ultimo ibi nec dolo defuncti l. 2. in fine ibi ipse nihil dolo quæsit ff. De eo, per quem factum erit* Donel. *lib.* 15. *comment. cap.* 29. *pag.* 457.

Ex hoc delicto nascitur actio in factum, adversus eum, cujus dolo fa- 26.
ctum est, quò minùs is, qui judicio sisti cavit, ad præfinitum diem vocatus in judicio sistat, in id scilicet, quanti actoris interfuit, reum vocatum sisti; puta, si quid amiserit actor ob eam rem; veluti si reus tempore dominium rei interim sibi adquirat, aut actione liberatus fuerit.

l. 3. in princ. ff. De eo, per quem factum erit.

Quandoque hæc actio tribuitur etiam actori adversus eum, à quo ipse- 27.
met impeditus fuit, quò minùs in judicio sisteretur.

l. ult. §. si & stipulator, & §. seq. ff. d. tit.

Quòd si plures dolo fecerint, omnes quidem tenentur, sed si unus præ- 28.
stiterit pœnam, cæteri liberantur; cùm nihil intersit.

l. 1. §. si plures ff. dict. tit.

Et competit hæc actio etiam heredi, sed non ultra annum; adversus he- 29.
redem autem hactenus datur, ne ex dolo defuncti heres lucretur.

l. 18. ultim. & l. ultim. in fine ff. eod. tit. Quatenus igitur in hereditate est, tenetur heres non ultra.

Quòd si is, qui dolo fecit, quò minùs in judicio sistatur, solvendo non 30.
fuerit, æquum erit, adversus ipsum reum restitutorium actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrū faciat, & damno actor afficiatur.

Unde

l. ult. § 1. ff. d. tit.

31 CONTEMPTVS jus dicentis est, cùm quis Magistratui (non Duumviro) id, quod extremum est in Iurisdictione, exequenti, ut si rem mobilem duci vel ferri jubeat, non obtemperat, id est, non patitur rem duci, aut ferri.

l. unica. ub. Wesemb. in paratit. ff. Si quis dicenti jus non obtemperaverit. Cujac. *li. 24. observ. 25.* Duaren. *lib. 1. disput. cap. 50. & in apologia de Iurisdict. adversus Eguinar. Baronem* Iohan. Robert. *lib. 4. sentent. cap. 21.* Donellus *lib. 15. comment. cap. 24. in fine.*

32 Hoc delictum parit actionem pœnalem, non in id quod interest, sed quanti ea res est, [a] id est, quanti est contemptus ejus, qui jus dicenti non obtemperaverit, ut in tantum condemnetur, quanti publicè interest, contumaciam hujus puniri. [b]

[a] *d. l. un. in princ. & § ult. ff. d. tit.* [b] *ita post* Baron. Donellus *lib. 15. commentar. cap. 24. in fin.*, & Cujac. *dict. lib. 24. observ. cap. 25.*

33 Sed cui tribuatur hoc judicium, magna est Doctorum concertatio; quidam ipsi Magistratui hanc competere actionem volunt, [a] aliqui autumant, litigatori, in cujus causa Magistratus Iurisdictionem suam exercebat, dari hanc actionem; [b] Sunt etiam, qui popularem hanc esse actionem volunt, & cuivis agere volenti eam concedi, [c] quorum sententiæ subscribimus. [d]

[a] Speculat. *lib. 2. tit. de sentent. § species autem num. 12.* Arnold. ab Haersolte *in adversariis de actionib. part. 1. act. 7. num 7.* [b] Iohan. Robert. *dict. lib. 4. sent. cap. 21.* & Duaren. *dict. lib. 1. disput. cap. 50.* Cujac. *dict. lib. 24. observ. cap. 25.* & Donel. *lib. 15. comment. cap. 24. in fine.* [c] Cùm enim albi corrupti actione vindicetur Majestas Magistratus. *l. si famulia 9. ff. de Iurisdict.* eaque popularis sit *d. si quis 7. in princ ff. d. t.* verisimile est, & hanc esse popularem actionem.

34 Et quia hæc actio meram continet pœnam, neq; post annum, neq; in heredem datur.

d. l. unica § ult. ff. Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

35 At cui tribuitur hæc pœna? Cujacius [a] arbitratur inter actorem & fiscum eam dividi debere? nos autem existimamus, ipsi actori eam esse applicandam. [b]

[a] *dict. lib. 24. observ. cap. 25. per legem 25. in fine ff. de SCto Silan.* [b] actione enim popular. qui experitur, lite contestata fit creditor. *d. si cui exempto 12.* Vbi vide Gœddeum *sub num. 15. ff. de Verbor. Significat.* Facit etiam huc, quod & hæc actio significari videtur *in § pœnales, in fine, ibi, & aliæ innumerabiles, Instetur, de actionibus.* Quod si ita est, continetur etiam definitione actionis, proposita in § 1. *Inster. eod. tit.* Facit huc *text. in l. ultim. ff. de testig.*

36 Non est hoc loco omittendum, quòd in Camera Imperiali Reus, in hoc contumax, quòd judicatum non facit, vel mandatis executorialibus non paret, in Bannum Imperij declaratur.

Vide Andr. Gayl. *lib. 2. de pace publ. cap. 6.*

37 RESTAT judicatio mala dolo facta, quæ est delictum, quo judex vel gratia, vel inimicitia, vel avaritia ductus, in fraudem legis sententiam dixit.

l. filiusfamilias 15. § 1. ff. de judiciis & l. 2. C. de pœna Iudicis, qui male judicavit. Vbi Cujac. *in paratit.* Vide Donell. *lib. 15. comment. cap. 27. pag. 457. & seq.*

38 Ex hoc delicto nascitur actio in factum, quæ ei, qui læsus, est sententiâ Iudicis, in veram litis æstimationem, contra eum Iudicem, competit.

d. l. ſ-

d.l.filiusfamilias 15.§.1.ff.d.t.& d.l.2.Cod.de pœna Iudicis,qui malejudicavit. Vbi vide Cujac. *in parat.tit.*

Quòd si filiusfamilias Iudex litem suam fecerit, in tãtam tenetur quantitatem, quæ tunc in peculio fuit, cùm sententiam dicebat. 39

d.l.filiusfam.15.in princ.ff.d.tit.

In eum autem Iudicis hæc actio non datur. 40

l.Iul.anus 16.ff.d.tit.

CLAS. IV. DISPUT. IX.

DE EXTRAORDINARIIS criminibus.

THESIS I.

HActenus de privatis delictis; sequuntur modò extraordinaria crimina. [a] EXTRAORDINARIUM CRIMEN EST, cujus quæstio non per actionem in judicium deducitur, sed ita, ut reus arbitrio Iudicis puniri petatur.[b] Qui Iudex Romæ est Præfectus urbi, quandoque etiam Præfectus vigilum; in Provincijs Præsides provinciarum. [c]

[a] *Vide thesin 5.disput.1.subhæc 4.classe, & l.3.ff.ad Senatusconsultum Turpill.* Ubi Paulus ICtus à privato crimine separat extraordinarium crimen. [b] *l.3.ff.expilat.hered.l.ultim.ff.de privat.delictis.l.interdum fin.56.§.qui furem.& l.ult.ff.de furt.l.ultim.ff.de injur.§.in summa,vers.sin autem,Instit.de act.tit.l.1.§.1.ff.de effract.* Vide Cujac.*lib.3.observ.33.* Vbi exponit, quid differat extraordinarium judicium à privato. Vide eundem in notis *ad Iul.Paul.lib.5.sent.tit.18.§.si ea pecora.* Extraordinaria crimina non habent legitimam pœnam, sed vel arbitrariam, vel consuetudinariam, *l.3.§.pœna ff.stellionat.* Quam autem pœnam indicere possit Iudex, qui arbitrium in vindicandis his criminibus habet, latè explicat Menoch.*lib.1.de arbitr.Iudic.quæst.85.86.87.& 88.* [c] *l.4.l.sunt præterea 8.& l.seq.in fin.ff.de extr.ord.crim.l.2.C. de crim.expil.hered.l.2.& l.3.ff.d.t.* De Præfecto vigilum est textus *in l.3.ff.de off.præf.vigil.*

Estque duplex: aut enim sua natura merè est extraordinarium, ut cujus nullum privatum aut publicum judicium est comparatum: [a] aut est extraordinarium pro arbitrio tantùm actoris: Cùm alioqui vel privatum judicium; [b] vel judicium publicum producat. [c] 2

[a] *l.1.l.pen.§.pen.ff.stellion.& l.2.ff.de concussi.* Cujac.*in parat.ff.de extraord.crimin.* [b] *d.l. ultim.ff.de privat.del.dict.l.ultim.ff.de furt.dict.l.ultim.ff.de injur.l.1.in princ.& §.1.& 2. ff.de extraord.crim.* [c] *l.annonam 6.§.1.ff.de extr.ord.crimin.b.l.sepulchri 8.ff.de sepulchris violat.l.2.ff.de concussi.l.pen.in princ.ff.ad leg.Iul.de vi publica.*

Prioris generis sunt crimen expilatæ hereditatis, [a] stellionatus, [b] collegij illiciti coitio, [c] prævaricatio ab advocato facta, [d] & termini motio. [e] 3

[a] *l.2.§.1.vers.Nam in hunc casum.ff.expil.hered.* Vbi Cujac. *in parat.* [b] *l.1.l.3.§.1.& §. pen.ff.stellion.l.4.C.eod.tit.& l.3.ff.de extraord.crim.* Cujac.*in parat.* [c] *C.tit.de crim.expil.hered.* [d] *1.ff.de colleg.& ibi in parat.* Cujac. [e] *l.1.§.1.l.3.§.1.ff.de prævaricat.* [f] *l.1.ff.de termino moto.*

EXPILATÆ HEREDITATIS crimen est, quo quis res hereditarias 4

tarias ante aditam hereditatem, vel poſt aditam, ſed antequam ab herede res poſſeſſæ ſunt, intervertit.

l.2.§.1.ff.expil.hered.

5 Atque hoc crimen extra ordinem coërceri ſolet per accuſationem expilatæ hereditatis, [a] quæ & compilatæ hereditatis accuſatio dicitur. [b] Cujuſmodi accuſatio intendi conſuevit loco deficientis actionis furti. [c]

[a] *l.1.ff.dict.tit.* [b] *l.heres 33.ff. de neg.geſt.* [c] *l.ultim. Cod. de crimin. expilat. hered. l.2.§.1.l. ultim.ff.expil.hered.* Obſtat *l.ſi te expilaſſe 12.ibi, furtis improbioris, Cod. ex quibus cauſ.inf. irrog.l.1.§ 1.ff.de effractorib.* Vide Menoch.*de Arbitr.judic.lib.2 cent.3.caſu 300.*

6 Eſt autem conceſſa hæc accuſatio defuncti ſucceſſoribus, quorum unus ſi objecerit alicui hoc crimen, & obtinuerit, coheredi quoq; ſuo prodeſſe videtur.

l.4.ff.d.t. & l.4.in princ.C.de crim. expil. hered. Vide Me *in tract. de furt. cap. 2. num. 57. & ſeqq.*

7 Et tribuitur adverſus eum, qui ſurripuit rem hereditariam, etiamſi heredis accuſatoris vitricus ſit, [a] aut noverca: [b] ſed contra uxorem defuncti mariti hujus ſucceſſores hoc crimen intendere non poſſunt, [c] ut nec coheres contra coheredem. [d]

[a] *l.2.C.d.tit.* [b] *l.3.C.eod.* [c] *l.4.C.d.tit.l.quamvis 17.C.de furt.l.penult.ff.de expil.hered. & l.heres 33.ff.de neg.geſt.* [d] *l.1.Cod.de crim. expil. hered.l.3. C. ſum. erciſ.* facit *l. merito 31.in princ.ff. pro ſocio.*

8 Pœna hujus criminis cùm nulla ſpecialis ſit jure definita, [a] idcirco ei, cognoſcit, liberum erit arbitrium cauſa cognita ſtatuendi [b]

[a] Vtiarguit *l.1. & l.3.ff.expil.hered.* [b] *per l.1.§.1. Verſ.quibus nulla.ff.de effractoribus.* Vide Me *de furt.dict.cap.2.num.72. & ſeqq.*

9 Præter pœnam judicis arbitrio impoſitam Reo, etiam infamiæ pœnam hic ſuſtinet.

d.l.ſi te, C.ex quib.cauſ.inf.irrog. & l.infamem 7.ff.de publ.judic.

10 Concurrit autem cum hac acculatione etiam civilis actio aliqua, puta actio ad exhibendum, Rei vindicatio, [a] & petitio hereditatis; [b] neque civilis criminalem, neque hæc illam conſumit. [c]

[a] *l.2.in fin.ff.expil.hered.* [b] *l.3.in fin. ff.d.t.* Obſtat *d.l.3. Verſ.expilata, C.famil.herciſc.* [c] *l. un.in princ.C.quan. cum.act.crim.præjud.* Duaren.*ad t.ff. expil.hered.* Vide Cujac. *lib.20.obſer. 25.& 26.* Obſtare videtur *d.l.3.ubi electionem eſſe ff.d.tit. & l.4.ff.de publ.jud.* Sed an civiles actiones rei perſecutoriæ competant etiam eo in caſu, quo criminalis hæreditatis expilatæ accuſatio extra ordinem inſtituta fuit, an vero una alteram tollat. Vide Me *de jure.cap. dict.2.num. 64.& ſeqq.*

11 SEQVITVR de Stellionatu. STELLIONATVS eſt crimen omne, quod alio ſpeciali criminis titulo vacat. [a] Ejuſque ſpecies hæ ſunt: ſi quis fortè rem alii obligatam diſſimulata obligatione, per calliditatem alii diſtraxerit, vel permutaverit, vel in ſolutum dederit. [b] Si quis item merces ſuppoſuerit, vel obligatas averterit, vel corruperit: tum etiam ſi quis impoſturam fecerit, vel colluſionem in necem alterius: [c] & ſi quis merces ſuppreſſerit, [d] aut in inſtrumento ſua eſſe pignora pejeraverit, [e] vel alterius inſtrumenta prodiderit. [f]

[a] *l.2.*

[a] *l.3.§.1.ff.ſtellionatus* [b] *d.l.3.§.1.ff.d.t.l.tutor* 16.§.1. *& l.ſi quis* 36.§.1.*ff.de pign. act.* [c] *d. l.3.§.1.verſ.ſed etſi quis merces,ff.ſtellionatus, l.1.l.2.l.ult.C.d.t.* Vide Menoch. *lib.2.de arbit. judic.cent.4.caſu* 383. [d] *d.l.3.§.ult.ff.d.tit.* [e] *l.ult.ff.eod.* Obſtare videtur *l.6. in prin.ibi, merces ſupprimunt,ff. de extraord. crim.* [f] *l.ſunt præterea 8. ff. de extr.crim.* cujus legis caſus cùm dolum ſignificare videatur innominatum, autumo eum pertinere ad ſtellionatum, *arg. d.l.3.§. ff.ſtellionatus.* Plura exempla vide apud Menoch. *lib.2.de arb.judic.centur.4.caſu* 381.

Pœna ſtellionatus nulla legitima eſt, cùm nec legitimum crimen ſit. Solent autem Rei ex hoc extra ordinem judicis arbitrio plecti; Verùm in plebeis pœna opus metalli egredi non debet: [a] Exilium verò temporale eis imponi poteſt: [b] At in his, qui ſunt in aliquo honore poſiti, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda eſt. [c] 12

[a] *l.3.§.pœna autem ff.ſtellion.* [b] *l.ult.ff.d.tit.* [c] *d.l.3.§.pœna,ff.eod.* Eſt & illud hic notandum, quod ſtellionatus judicium quandoque concurrit cum judicio privato, *l.1.§.ult.l. Tutor* 16. *in prin.& §.1.ff.de pig.act.*

Sed ſtellionatus judicio condemnatus, etiam infamis ſit, nec ne, planè expeditum non eſt. Nos affirmatæ ſententiæ adhæremus [a] 13

[a] *per text.in leg.quid ergo* 13.*§.ultim.ff. de his, qui not. infam.* Sed obſtare videtur textus *in leg.2.ff.ſtellion.* quem locum cum priori alii aliter conciliare ſtudent. Bulgarus & Martinus ſcribunt, crimen ſtellionatus ipſo jure non infamare; infamare autem per ſententiam; & prius velle Vlpian. *in d.l.2.ff.ſtellionatus*; poſteriùs verò *in d.l.13.§.ult.ff. de his, qui not. infam.* Sed Iohannes diſtinguit inter cauſam, ex qua deſcendit ſtellionatus crimen; quæ ſi ejuſmodi fuerit, ut ex ea civiliter condemnatus infametur, infamari quoque condemnatum ſtellionatus judicio: Hunc verò non infamari, ſi ex eadem cauſa civiliter condemnatus non infamaretur, per *l.infamem 7.ff.de public.judic.* Atque hanc diſtinctionem communiter Interpp. probant, ut Accurſ. *ad d.l.13.§.ultim.ff.d.tit.* Duaren. *lib.1.diſput.cap.43.* Cujac. *1.reſponſor. Papin. pag.* 25.*& 10,obſer.*6.26. *& in parat. C.de crim.ſtell.* Ioh.Rob. Aurel. *lib.4.ſent.jur.cap.*17. Weſenbec. *in parat.ff.ſtellion.* Arnold. ab Haerſolte *in adverſar.de action. act.* 26. *ad 7.part.pandect. num.*5. At Iulius Pacius *centur.2.* ἐναντιοφανῶν *ad tit.de his, qui not.infam.* exiſtimat, ſtellionatus judicio condemnatum non infamari, niſi expreſsè judicis ſententia infamis eſſe juſſus fuerit. Anton. Faber 4.*conject.c.2.* autumat abundare negationem in *d.l.2.ff.ſtellionatus.* Nos autem diſtinguimus inter reum hoc judicio condemnatum, & reum non condemnatum. Non judicium hoc per ſe infame eſt. Sententia per ſe infamat ſtellionatus reum condemnatum. Vide diſſentientem Dn. D. Beſold. *ad lib.3.ff.part.1.delibat.quæſt.6.fol.m.266. & part.2.delibat.ad lib.47.ff.quæſt.29.fol.*135. & Me *in tractat.de crimin. læſ. Majeſtat.fol.* 281. *& mult.ſeqq.* Vbi hac de quæſtione latiſſimè ago.

Succedit illiciti collegii coitio. COLLEGIVM eſt cœtus ſodalium, [a] tribus [b] aut pluribus perſonis conſtans. Eſtque licitum vel illicitum. [c] 14

[a] *l.1.in princ. ibi collegia ſodalitia, & l.ultim.ff. de colleg. & corporibus.* Cujacius *lib.7. obſervat.cap.*30.*in princ.* & Arnold. ab Haerſolt. *in adverſ.de act.act.*28. *ad 7.part.pand. num.*1. Dn. D. Beſold. *de jur.collegior. cap.*1. Daniel Otto *de jur.publ. cap.* 21. [b] Tres perſonæ ad collegium conſtituendum ſufficiunt, *l. Neratius* 85.*ff. de Verbor.ſignific.* Vbi quæ huic definitioni obſtare videntur, diluit Dn. Gœdd. adde Dn. D. Beſold. *dict.loc.cap.*2,*num.*4. *& ſeq.* [c] *d.l.1.§. ultim.ibi collegium licitum, & l.2. ibi, illicitum collegium.ff. de colleg.* Vide Martin. Vranium. *conſil.*31.*tom.*2.

LICITVM COLLEGIVM eſt, quod Principis vel Senatus autoritate uſurpatur: [a] cujuſmodi collegium Romæ fuit collegium Pontificum, à Numa Pompilio inſtitutum. [b] Item collegium Argentariorum. [c] Ejuſmodi quoque eſt collegium Publicanorum, Piſtorum, Navicullariorum, [d] Theolo- 15

gorum, [e] Iuriſconſultorum, Medicorum, Grammaticorum, [f] Fabricenſium, [g] & Iudæorum. [h]

[a] *l.3.in pr.ff.de colleg. & l.1.in fin.pr.ff.quod cujuſque Univerſitat. nomin.* [b] *l.2.§.deinde ex his l.g.ff.de orig.jur.* Liv.*lib.*1.2 & 3. [c] *l.6.in princ.ibi.ſi quis ex argentariis.ff.de edendo,l.cum duobus 52.§.cum duo erant argentarii ſocij ff.pro ſoc. Lib. lib.5. & lib.36.* [d] *l.1.ff. quod cujuſque Univer.nom.* [e] *l.1.§.ſed religiones,ff. de collegijs.* [f] *l.Medicos 6. C.de Profeſſ. & Med. lib.* 10. Iohan.Gœd.*ad d.l.Neratius 85.num.1.ff.de Verb.ſign.* [g] *tit.C.de fabricenſ.lib.*11. [h] *l.1 ibi, univerſitate Iudæorum,C.de Iudæis,l. Spadonem* 15.*§.jam autem & Iudæi ff. de excuſat.l.3.§.ult.ff. de Decurion.& l.circumcidere* 11.*in pr.ff.ad l.Corn.de Sic.*Cujac.7.*obſerv.*30.

16 Illicitum collegium dicitur, quod abſque Principis, vel Senatus autoritate inſtitutum eſt. [a] Cujuſmodi collegium ſub prætextu religionis, vel ſub ſpecie ſolvendi voti ne quidem à veteranis tentari poteſt. [b]

[a] *d.l.3.in pr.ff.de colleg.& d.l.1.in fine pr.ff.quod cujuſq; univerſ.nom.* [b] *l.2.ff.de collegiis.*

17 Cauſa autem inhibendorum collegiorum eſt, quòd multa improba, præſertim intempeſtivis & ſumptuoſis commeſſationibus, tum etiam conjurationibus adverſus leges, & ordinum concordiam ac diſciplinam pupublicam prætextu talium conventionum improbi machinantur.

Hæ duæ cauſæ inhibendorum collegiorum colligi poſſunt ex ratione, quam Auguſtus apud Philonem in ſuis edictis exprimit, quando ſcribit, collegia & coitiones ludæorum ſe ideò permittere, quòd non ſint crapulæ primùm & vinolentiæ, deinde quòd non ſeditionum nutriculæ. Poſterior hæc cauta patet etiam *ex l.2.ff. de coll g.*

18 Quiſquis verò illicitum collegium uſurpaverit, ea tenetur pœna, qua tenentur, qui hominibus armatis loca publica vel templa occupaſſe judicati ſunt. [a] Ipſum quoque collegium mandatis, conſtitutionibus, & SCtis diſſolvitur: Permittitur tamen ipſis ſodalibus pecunias communes, ſi quas habent, dividere, pecuniamque inter ſe partiri. [b]

[a] *d.l.2.ubi gl.ff.de colleg.* Cujuſmodi eſt pœna læſæ majeſtatis, *l.1.§.1.ibi, locáve occupentur, vel templa, quove cœtus conveniundi fiat.ff.ad l.Iul.Majeſt.* Duaren. *vero ad tit.de colleg.ſcribit,* hanc eſſe pœnam legis Iuliæ de vi publica. [b] *l.3.in pr.ff.de collegiis.*

19 Ex propoſitis primi generis ſpeciebus criminis extraordinarii reſtat prævaricatio advocati, & termini motio. PRÆVARICATIO ADVOCATI EST, cum hic privato vel publico judicio colludit cum Reo, proprias diſſimulando probationes, fallas verò Rei excuſationes admittendo.

l.1.in pr.junct.§.1.verſ.caterùm advocatus,ff. de prævaric. & l.1.§.1.verſ.prævaricari, & §. prævaricatorem.ff.ad SC. Turpill. & de hac prævaricatione videtur quoque loqui ICtus Ulp.*in l.ſunt præterea 8.ff.de extraordinar.crim. arg.l.1.in princ.ibi, qui diverſam cauſam adjuvat pravata cauſa ſua ff. de prævaricat.* de hoc crimine Vide Nicol.Reuſner. *vol.2.conſ.22.* Ludov.Gilhauſ. *in arbor.Iudic.criminal.cap.2.tit.31.*

20 Hujus criminis pœna eſt extraordinaria, [a] ut quam judex ſuo arbitrio in advocatum prævaricatorem convertit.

[a] *l.1.in fin.& l.ſeq.ff. de prævaricat.* [b] *l.1.§.1.verſ quibus nulla.ff. de effractor.* Reuſner. *dict. conſil.22.*

21 TERMINI MOTIO, crimen illud extraordinarium eſt, cùm quis terminum finium cauſâ poſitum avellit, aut propellit, [a] vel aliàs faciem locorum convertit, puta ex arbore arbuſtum, aut ex ſilva novale, aut aliquid ejuſmodi facit. [b]

[a] *l.1.*

[a] *l.1.& l.2.ff.de termino moto,l.1.Cod.de accuſ.* [b] *l.ult.5.ult.ff.d.t.* Vide Berlich. *tom.5.concluſ.52.*

Pœna hujus delicti pro conditione delinquentis ſtatui ſolet. [a] Nam ſi 22
ſplendidior perſona fuerit,ad tempus relegatur,& quidem in longius,ſi juvenis ſit,in reciſius ſi ſenior. Alij verò,qui negocium geſſerunt,& miniſterio functi ſunt,caſtigantur, & ad opus biennio dantur. Quòd ſi per ignorantiam aut fortuitò lapides quis furatus ſit,ſufficiet eum verberibus decidere. [b] Si quis autem extra ſuum gradum, finesvé ſtatutos terminos dolo malo moverit,populari actione tenetur, & in ſingulos terminos quinquaginta aureos dare jubetur. Servus verò, ſi inſciente domino dolo malo fecerit,capite punitur; niſi dominus multam pendere maluerit. [c]

[a] *d.l.1.& d.l.ult.5.fin.ff.d.t.* [b] *d.l.2.ff.eod.tit. Paul.lib.5.ſentent.tit.22.* [c] *l.3.in princ.& §.1.ff.h.t.* Vide Menoch. *de arb.judic.lib.2.cent.4.caſu* 393. Gœdd. *ad l.ut ſi cui* 12. *in princ. num.* 10. *ff.de Verbor. Signific.* & Clar. *§.ult.q.*83. *Verſ.terminos.* Sichard. *in rubr. C.fin.regund. Conſtit.crim.Carol.V.art.*114 Vbi Stephan. *in not.*

SEQVITVR nunc alterum genus criminis extraordinarij, ut quod 23
extraordinarium eſt pro arbitrio tantùm actoris: cujus ſpecies ſunt, ſepulchri violatio,concuſſio, ſcopeliſmus, abigeatus, prævaricatio accuſatoris, occultatio latronum, vel alterius criminis reorum, furtum balnearium, effractura,expilatio,crimen ſaccullariatus,derectariatus, Dardanariatus & privatum delictum, veluti furtum,rapina,injuria,& ſervi corruptio.

SEPVLCHRI VIOLATIO, læſæ religionis crimen dicitur, [a] id- 24
que dolum violantis exigit. [b] Eaque producit actionem civilem, [c] extraordinariam item accuſationem, [d] & accuſationem publicam. [e]

[a] *l.1.ff.de ſepulchro Viol.* [b] *l.3.§.1.ff.d.t.* Chriſtinæus. *vol.2.deciſ.*58. [c] *l.3.in prin.l.6.l.penult. & ult.ff.d.t.* [d] Vti arguit collatio d.t. ut qui generaliter de extraord. criminib. proximè ſubjicitur. [e] *l.ſepulchre* 8.*ff.de ſepulchro Viol. & l.4.C.eod.tit.* de variis hiſce remediis vide Menoch. *d.lib.2.de arbitr. judic.cent.4.caſu* 387.& Damhouder. *in praxi rerum criminal.cap.*109.

Civilis illa actio,eſt vel ſepulchri violati actio, vel interdictum, quod vi 25
aut clam.

l.1.& l.2.ff.de ſepulchr. Violat.

Sepulchri violati actio eſt privata, vel populatis. [a] Privata ei datur, ad 26
quem res pertinet, [b] in tantum ſcilicet, quanti eam rem æſtimari judici æquum videbitur. [c] Vnde Iudex æſtimabit,quatenus interſit ſcilicet ex injuria, quæ facta eſt,item ex lucro ejus,qui violavit,vel ex damno,quod contigit;vel ex temeritate ejus,qui fecit. Nunquam tamen minoris condemnabit,quam ſolet extraneo agente. [d]

[a] *d.l.3.in pr.& §.ult.ff.d.t.* [b] *l.3.in pr.& l.6.ff.eod.tit.* [c] *d.l.6.in pr.ff.h.t.* [d] *d.l.3.§.qui de ſepulchro* 8.*ff.eod.tit.* Vide Berlich. *tom.5.concluſ.*47. *per tot.*

Popularis hæc eſt actio duobus caſibus. Prior eſt, ſi nemo erit, ad quem 27
hæc res pertinet, vel ſi erit,agere tamen nolit. [a] Poſterior caſus,ſi quis in ſepulchro dolo malo habitaverit, vel ædificium habuerit, illo caſu actio hæc eſt centum aureorum: Hoc verò ducentorum.

[a] *d.l.3.in pr.& §.ſi quis in ſepulchro,& §.pen.ff.de ſepulchro Viol.*

28 Interdictum quod vi aut clàm locum habet, ſi quis ſepulchrum diruerit, aut ſtatuam vel oſſariam de monumento evulſerit.

l.2.ff.dict.tit.

29 Extraordinaria accuſatio ſi inſtituatur, Rei ſepulchrorum violatorum viginti librarum auri pœna fiſco inferenda multantur, [a] vel quadraginta aureorum pœna, ſi aliquem in civitate ſepelierint. [b] Quòd ſi quid detractũ ſit de ſepulchro, puta ſaxa, marmora, columnæ, vel quæ alia materia, Reus non modò ædificium ſuum, aut villam, ad quæ iſthæc materia provecta reperitur, fiſco inferre tenetur: [c] Sed & inſuper decem pondo auri eidem fiſco numerare jubetur. [d] Sin corpora ipſa rei hujus criminis extraxerint, vel oſſa eruerint, aut manu armata cadavera ſpoliaverint, [f] humilioris quidem fortunæ ſummæ ſupplicio afficiuntur, honeſtiores in inſulam deportantur: aliàs autem relegantur, aut in metallum damnantur.

[a] *l.3.C.de ſepulchro* [b] *l.3.§.Divus 8.ff.h.t.* [c] *l.2.C.d.tit.* [d] *l.4.C.hoc tit.* [e] *l.ult.ff. eod.tit. & l. 2.C.d.tit.* [f] *l.3.§. adverſus eos & l. ult.*

30 Adverſus eum qui ad buſta defunctorum, & ſacratos aggeres pergit, atque inde lapidem movet, terram evertit, ceſpitem evellit, ornamenta quædam triclineis aut porticibus aufert, cum ſacrilegis proximus ſit, pœna ſacrilegij animadvertitur.

l.pergit audacia. C.de ſepulchro violato. adde Dn. Berlich. *dict.concluſ.47.*

31 Publicam accuſationem & publicum judicium parit, ſepulchri violatio, ſi quis fecerit quid, quo minus aliquis funeretur, ſepeliaturvè, atque hic tenetur pœna legis Iuliæ de vi publica.

l.ſepulchri violati 8.ff.de ſepulchr. violat.

32 Non eſt hoc loco omittendum, quod etiam judex, qui crimen violati ſepulchri vindicare neglexit, non minùs quàm viginti librarum auri pœna multatur, etiamſi quis non violaverit, ſed violaturus ſepulchrum ſaltem attigerit: atque hanc pœnam largitionibus Principis inferre tenetur.

l.3.C.dict.tit.

33 Neq; illud hic omittendum, quòd creditor ægrotante, & modò animam agente debitore, domum ejus ingreditur, & ſigna bonis imponit ſine autoritate judicis, non modò jus crediti amittit, ſed & alterum tantum heredibus defuncti præſtare cogitur, & tertia bonorum ſuorum parte multatur, & infamis efficitur. Eademque pœna coërcetur, qui corpora defunctorum detinet, ac ſi volens ſibi de corio defuncti ſatisfieri, nec ſepulturâ affici eum, & funeri juſta perſolvi ſinit, priuſquam fuerit omnis pecunia ſoluta.

Nov.60.c.1. & Auth. Item qui C. de ſepulchr. violat. Juſtinus autem Imp. deviorem pœnam in impedientem ſepulturam ſtatuerat, nimirum quinquaginta librarum auri. l.ult. C.d.tit.

34 Sancitum & illud eſt à Iuſtiniano Imp. ne ulli penitùs ſit licentia exigendi debitum à defuncti heredibus, parentibus, liberis, conjuge, agnatis, cognatis, affinibus, aut fidejuſſoribus, ante novem dierum ſpacium poſt defuncti mortem.

Nov.115.c.5.§.memini mus inſuper, & facit l.2. & 3.ff.de in jus voc. Vide Cujac. ad tit. de div. temp. præſcr. c.6, & ad Nov.60.

Aug.

Atq; hæc de ſepulchri violatione. CONCVSSIO eſt cùm metu po- 35
teſtatis publicę, noſtræ, vel alienæ, aut futuri judicij illicitè injecto aliquid extorquetur ab alio, id agente, ut alicujus rei præſtatione ſe eo metu liberet. [a] Atque hoc delictum parit non modò actionem privatam, [b] ſed & extraordinariam accuſationem, [c] & quandoq; accuſationem publicam. [d]

[a] *l.1. & 2.ff.de concuſſ.* ubi Cujac. *in parat.l.illicitas 6.§.illicita,ff.de offic.Præſ.l.3. C.de condict.ob turp.cauſ.l.1.§.pen.& l.pen.ff.de calumniat.* Donell. *lib.15.comment.c.39. ubi concuſſionis exempla proponit.* Et Joh. Rob. Aurel. *lib.1.ſent.jur.cap.11.circa fin.* Vide Me *in tract.de diffidat.fol.m.* 14. Concuſſio apertè diſtinguitur à vi *in l.un. C.ex delict. defunct. in quant. her.ten. & in l.ultim.§.ultim.C.de modo multar.* Nullo præcedente metu ſi quis pecuniam ab aliquo accipiat, non tenetur concuſſionis pœna. Farinac. *de variis, & diverſis quæſtionib.quæſt.111.nu.* 42. [b] *l.3. C.de condict.ob turp.cauſ.l.1. ibi, ablatum ejuſmodi terrore reſtitus.ff. de concuſſ. & l.1. & tot.tit.de calumniat.* [c] *l.1.in fin.ff.de excuſat.l.pen.ff.de calumn. & l.3.ff.ad SC. Turp.* [d] *l.2. ff.de concuſſ.l.1.§.1.ff.ad leg.Corn.de falſ.*

Actio illa privata eſt vel condictio ob turpem cauſam, [a] vel ex edicto de 36
calumniatoribus actio in factum in quadruplum intra annum, poſt annum in ſimplum [b]

[a] *d.l.3.C.de condict.ob turp.cauſ.* [b] *l.1.in pr.& §.pen.l.pen.& t.t.ff.de calumn.* Cujac. *in parat.ff.de concuſſ.& ibidem etiam* Weſenb. *tum quoque* Arnold. ab Haerſolte *in adverſ. de act. ad 7.part.pand.act.18 num.2.*

Extraordinaria accuſatio præter privatam illam actionem inſtitui con- 37
tra reum hujus criminis poteſt: quòd cùm fit, arbitrio judicis pro qualitate perſonæ & admiſſi delicti reus plectitur.

l.pen.ff.de calum.d.l.3.C.de cond.ob turp.cauſ.l.1.ff.de concuſſ.& l.3.ff.ad Senatuſconſultum Turpill. Paulus *lib.1.ſent.tit.5.* ubi Cujac.

Publica accuſatio concuſſionis nomine inſtitui poteſt vel ex lege Cor- 38
nelia de falſis: vel ex lege Iulia repetundarum. Ex lege Cornelia de falſis, ſi Reus crimen minatus, atque hoc terrore quid extorſit. [a] Ex lege Iulia repetundarum, ſi quis in Magiſtratu, officio, munere, miniſteriove ſuo publico quid accepit, quo magis aut minus quid ex officio faceret, ſive per concuſſionem, aut metum poteſtatis prius injectum, ſive dum ſe pecunia corrumpi ſinit, id fecerit. [b]

[a] *l.2.ff.de concuſſ.junct.l.1.in pr.& §.1.ff.ad l.Corn.de falſis.* Arnold. ab Haerſolte *in adverſ. de actionib.ad 7.part.pand.act.18.nu.2.* [b] *l.1.l.3.l.6.ff.ad l.Iul. repetund. Donell. d.lib.15.cap.39. in fine.* Johan. Robert. Aurel. *lib.1.ſent.jur.cap 11.in fin.*

SCOPELISMVS eſt, cum inimicus aliquis in prædio inimici lapi- 39
des ponit, indicio futuros, quòd is, qui eum agrum colueri malo leto periturus ſit inſidiis inimici, qui ſcopulos poſuit. Quæ res tantum timorem habet, ut nemo ad eum agrum accedere audeat, crudelitatem timens ejus, qui ſcopeliſmum fecit.

l.ſunt quadam 9.ff.de extraord.crim. Vide Me *in tract.de diffidationib.fol.13.num.9.*

Hoc delictum judex extra ordinem exequi ſolet graviter, uſque ad pœ- 40
nam capitis; quia & ipſa res mortem comminatur.

d.l.ſunt quadam 9.ff d.t.

Publico item judicio hoc crimen vindicari poſſe videtur; puta ex lege 41
Cornelia de Sicariis.

arg.d.

ago d.l. ſunt quædam 9. in fine, ibi, quia & ipſa res mortem comminatur. ff. d. tit. junct. l. 1. in pr. Verſ. quinc hominis occidendi, & l. Decius 14. ff. ad l. Corn. de Sicar. & l. ut qui cum telo 7. C. d. t. & l. aut facta 16. §. Gentes ſpectatur. ff. de pœn.

42 ABIGEATVS eſt, cum quis vel uno eodemque tempore totum gregem [a] ovium, caprarum ſuum, vaccarum, &c. [b] vel ſæpius unum aut alterum pecus de grege ſurripit; [c] vel de armentis [d] aut jumentis [e] animal etiam unum [f] abducit & ſurripit.

[a] *l. aut facta 16. §. quantitas. ff. de pœn. & l. ult. in princ. ff. de abig.* quo poſterioni loco oſtendit Iuriſconſultus Calliſtratus, decem oves gregem facere, & porcos quinque, vel quatuor. [b] Grex eſt proprie ovium, caprarum & ſuum, aliorumque pecorum, quæ ad pascendum emittuntur, nō etiam ad portandum, aut arandum, aut vehendum uſurpantur, *l. ſ. §. 61. §. armento. ff. de leg. 3. & d. l. ult. in pr. ff. de abigeis. & d. l. aut facta 16. §. quantitas. ff. de pœn.* Per ſynecdochen tamen vel metaphoram gregis appellatio etiam armentis & jumentis tribuitur, cò quod gregatim paſci dicuntur, *§. 1. Inſt. de l. Aquil. l. 2. §. 2. ff. ad l. Aquil. l. ſi grege 22. ff. d. leg.* Iohan. Gœddæus *ad l. boves 89. in princ. de verb. ſign.* [c] *d. l. ult. §. qui ſæpius, ff. de abig is.* At qui ſemel tantùm porcum, vel capram, vel vervecem abduxit, abigeus non eſt. *d. l. 1. §. ſ. d. qui porcum. ff. d. t.* [d] Armentorum appellatione continentur boves, *d. l. boves 89. §. 1. ff. de V. S. d. l. ſervis 81. §. armento, ff. de leg. 3. & l. legatis 65. §. jumenta. ff. d. tit.* [e] Iumentorum appellatio pertinet ad equos, mulos, aſinos, qui bajulando, & onus portando homines juvant, ut arguit *d. l. legatis 65. §. jumentis junct. §. ſeq. ff. d. tit. & l. aediles 38. §. jumentorum autem. ff. de aedil. edict.* [f] *d. l. 1. §. 1. Verſ. & abigendi ſtudium. & d. l. ult. in princ. in fine princ. ff. de abig.* Cujac. *lib. 1. obſerv. 20. Verſ. at non tantùm quantitate, &* Arnold. ab Hœrſolt. *in ad Verſ. de alt. 20. ad 7. part. pand.* Vide Me *in tract. de furt. cap. 2. num. 190. & ſ. 99.* Paul. Chriſtinæ. *Vol. 4. deciſ. 203.*

43 Qui autem bovem aberrantem, vel equos in ſolitudine relictos abduxit, non eſt abigeus, ſed fur potius; [a] ut & qui ſemel ſuem, aut ovem, vel capram ſurripuit; [b] tum etiam qui pecora, de quorum proprietate controverſiam faciebat, abegit, niſi color abigeatus quæſitus ſit. [c]

[a] *d. l. 1. Verſ. cæterum. ff. de abigeis* [b] *d. l. 1. §. ſed & qui porcum, ff. d. t. & d. l. aut facta 16. §. quantitas. ff. de pœn.* [c] *d. l. 1. §. ult. ff. de abigeis.* Chriſtinæ. *Vol. 4. deciſ. 203.*

44 Hoc crimen parit & ordinariam ſive privatam actionē furti, ut ſi armentum vel jumētum aliquod ſit abactum: & accuſationem extraordinariam. *l. un. C. de abig.* Cujac. *in parat. ff. hoc tit.* Idem tamen *lib. 1. obſerv. 20. & in parat. C. de abig* putat eo tantùm caſu etiam actionem furti hîc locum habere, quo non totus grex ex minoribus pecoribus abactus eſt, ſed una tantùm atq; altera ovis, aut capra, aut ſus. Verum hunc quoque, qui armentum vel jumentum aliquod abegit, civili actione furti rectè convenīri arbitramur, tum generali textu *dict. l. un. C. de abig. & per l. 2. ff. d. tit.* tum autoritate, *l. qui jumenta 40. ff. de furt.* Qui idem tamen etiam extraordinario judicio abigeatus plecti poteſt, *dict. l. ult. in fin. pr. ff. de abigeis.*

45 Extra ordinem criminaliter hoc de crimine ſi agatur, variè Reus plectitur. Si enim humilioris ſit fortunæ, vel ad gladium damnatur, vel in metallum, vel in opus publicum perpetuum, vel temporarium. Ad gladium damnatur quis non ubiq; ſed ubi frequentius eſt hoc genus maleficii: alioqui vel in metallum, vel in opus publicum, perpetuum vel temporarium datur. [a] Vt & is leniùs coerceatur, qui à ſtabulo abegit domitum pecus, non à ſilva, nec à grege. [b]

[a] *l. 1. in princ. & §. quanquam. ff. de abig.* Quod Vlpiano Iuriſconſulto loco modo adducto, *& in l. ſi quis mihi bona, §. ſi quis plane. ff. de adquir. vel omitt. hered. & in l. ſi quis filio 6. §. ſed*

Digitized by Google

ſed & ſi quis. ff. de injuſto rupto. & in fragment. Inſtitut. tit. 1. Item Iul. Paul. *lib.* 5. *ſentent. tit.* 17. 17. eſt damnare ad gladium, id Gaio Iuriſconſulto *in l. ejus qui* 8. §. *ultim. ff. qui teſtament. fac.* eſt damnare ad ferrum. Cujac. *in not. ad Iul. Paul. dict. lib.* 5. *tit.* 7. §. 1. *& in notis ad Vlpian. Inſtit. dict. tit.* 1. *& ad d. l. ejus qui.* §. *ultim. ff. qui teſtament. fac. poſſ.* Quia verò ante Iuſtiniani tempora à Conſtantino Imperat. *in l. un. C. de gladi. tor.* damnatio ad gladium, ſive ad ferrum ſublata fuit, veriſimile eſt Iuſtinianum Imperat. in legibus pandect. per damnationem ad gladium intelligere damnationem ad ludum gladiatorium, ut tradit Cujac. *lib.* 1. *obſervat. cap.* 20. [b] *dict. l. ultim.* §. *eum quoque. ff. de abigeis.* Vbi pro, plenius, legendum eſſe, lenius, rectè ſentit Cujacius *in parat. ff. d. t. & lib.* 6. *obſerv.* 8. & eum ſecutus Arnold. ab Haerſolt. *in adverſ. de action. act.* 20. *ad* 7. *part. pandect.* quos refutat Alberic. Gentil. *lib.* 1. *lection. cap.* 6. Vide Pegueram. *deciſ.* 29.)

Qui verò honeſtiore loco nati ſunt, non debent ad prædictam pœnam pertinere. [a] Sanè qui cum gladio abigunt, non iniquè beſtiis objiciuntur. [b] 46

[a] *d. l.* 1. §. *quanquam. ff. de abig.* [b] *d. l.* 1. §. *quanquam, & l.* 2. *ff. d. t.* Vide Me *dict. loc. nu.* 204. adde Gilhauſen. *in arbor. judic. criminal. cap.* 2. *tit.* 30. *num.* 3.

Receptores abigeorum decem annis relegantur. 47

d. l. ult. §. *ult. ff. h. t.*

PRÆVARICATIO accuſatoris eſt, cum accuſator vel ejus patronus publico vel extraordinario judicio non ex animo agit, ſed cum Reo colludit & translativè munere accuſandi fungitur, proprias diſſimulando probationes, falſas autem Rei excuſationes admittendo. 48

De patrono cauſæ eſt *l.* 1. *Cod. de advocat. diverſori jud.* de publico judicio eſt textus *in l.* 1. *in princ. & §.* 1. *l.* 3. §. 1. *ff. de prævaricat. l.* 1. §. 1. *& §. prævaricatorem, ff. ad Senatuſconſultum Turpillian.* De extraordinario judicio eſt textus *in l.* 6. *ff. de prævaricator.* vide de hoc crimine Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. cent.* 4. *caſu* 323. Gilhauſen. *dict. loc. cap.* 2. *tit.* 31. *per tot.* Nicol. Reuſner. *vol.* 2. *conſil.* 22.

Hoc crimen & publico judicio, & extra ordinem hodie moribus vindicatur. Publico judicio, ſi prævaricatio publico judicio facta ſit. [a] Extra ordinem ſive in publico, ſive extraordinario crimine prævaricatio facta dicatur. [b] 49

[a] *d. l.* 3. *inpr. & §.* 1. *ff. de prævaric.* [b] *l.* 2. *& l.* 3. *in pr. ibi, aliud moribus inductum eſt. ff. d. tit.*

Pœna autem prævaricatori publico in judicio ea imponitur, qua teneretur, ſi ipſe in legem commiſiſſet, qua Reus per prævaricationem abſolutus eſt. [a] In extraordinario verò judicio hodie ex moribus pœna injungitur extraordinaria. [b] 50

[a] *l. penultim. ff. de prævaricat.* [b] *l.* 2. *& l.* 3. *in princ. ibi, aliud moribus inductum eſt, ff. dict. tit.* Gilhauſen. *dict. tit.* 31. *num.* 3. Reuſner. *dict. conſil.* 22.

Efficitur quoque prævaricator condemnatus infamis, [a] & poſtea ex lege non accuſat. [b] 51

[a] *l.* 4. *ff. d. tit.* [b] *l.* 5. *ff. d. t.*

OCCVLTATIO latronum vel alterius criminis reorum eſt, cum quis latrones, vel aliorum criminum reos dolo malo recipit, & celat. 52

l. 1. *& 2. ff. de receptator.* Vbi Cujac. *in paratit. & l.* 1. *& l.* 2. *C. de his qui latr. occultaverunt. &* ibi Cujac. *in paratit.*

Hujus criminis reus tenetur & privata actione, ſi reum privati criminis recepit, & occultavit, puta actione furti, ſi furem, actione vi bonorum ra- 53

Digitized by Google

ptorum,ſi raptorem,actione ſervi corrupti, ſi ſervum fugitivum recepit & celavit.[a] Tenetur item extra ordinario judicio,ſi latronem vel quem alium publici criminis reum [b] recepit,& occultavit.

[a] *l.qui vas 48.§.qui furem novit.ff.de furtis,& l.ſi quis ſervum 12. C.ad l.Fab.de plagiar.* & facit,*d.l.1.ubi,par ipſos & reos pœna exſpectet,C.de his,qui latrones,* & ſcribit de furum receptatoribus Iodoc.Damhoud.*in pract.rerum crim. c.116.num.2.* Maſcard. *de probat.concl.1258.vol.* 3.& Cujac.*in paratit.ff.de recept.* Arnold. ab Haerſolt.*in adverſ.de action.ad 7.part.pand.act.* 82.*in fin.* Idem tamen Cujac.*in paratit.C.t.de iis qui latr.* putat, eum qui furem recepit, civiliter tantùm teneri. [b] *l.1.ff.de recept.& l.1.& l.2.C.de his,qui latrones.*

§ 4 Pœna autem extraordinaria in receptatorem varia convertitur. Qui enim latronem ſciens ſuſcepit, & eum offerre judici ſuperſederit, ſupplicio corporali aut diſpendio facultatum pro qualitate perſonæ, & judicis æſtimatione plectitur [a]. Qui verò alterius criminis reum occultavit, par ipſum & reum pœna exſpectat. [b]

[a] *l.1.C.d.t.* [b] *d.l.1.C.eod.& l.1.ff.de recept.* Iodocus Damhoud. *in pract.rerum crim. cap.134. nu.2.* Sed vide Menoch.*lib.2.de arbit.jud.cent.4.caſu 348.num.3.*

55 Sed qui latronem, vel alterius criminis reum in poſſeſſione ſua latitantem offerre judici ſuperſederit; ſiquidem præſens & ſciens ultrò non obtulerit, vel admonitus exhibere diſtulerit, poſſeſſionis ſuæ dominio privabitur: Si verò dominus abſit, procuratores ſeu primates poſſeſſionis perpetuo exilio ſubjacebunt.

d.l.2.verſ.Domini etiam prædiorum, C.de his qui latr. Damhoud.*d.c.134.nu.ult.*

56 Is tamen apud quem affinis vel cognatus latro conſervatus eſt, neq; abſolvi, neque ſeverè admodum puniri debet. Non enim par eſt eorum delictum,& eorum,qui nihil ad ſe pertinentes latrones recipiunt.

l.2.ff.de recept. Iodocus Damhouder.*dict.cap.134.nu.4.* Menoch.*dict.caſu 348. n.7. & ſeqq.*

57 FVRTVM BALNEARIVM eſt, cùm quis in publicis balneis veſtimenta, vel quid aliud alteri ſurripit: quod crimen extra ordinem arbitrio judicis punitur: qui tamen in pœna balnearij furis modum operis publici temporarii haud egredi debet,niſi fur ſe telo defenderit. Talis enim fur pœnâ metalli afficiendus eſt, vel ſi honeſtior ſit,relegationis pœnâ. [a] Miles autem,qui in furto balneario adprehenſus eſt, cum ignominia mitti debet. [b]

[a] *l.1.ff.de furtis balnear.* vide Menoch.*lib.2.de arb.judic.cent.4.caſu 296.* [b] *l.ult.ff.d.t.* Adverſus fures balnearios inventus eſt uſus Capſariorum, qui mercede, ſervanda veſtimenta ſuſcipiunt,*l.3 §.fin.ff.de offic.Præfect.Vigil.* Vide Me*in tract.de furt.c.p.2. num.214. & ſeqq.* & Bachov.*in not.ad Treutl.vol.2.diſput.30.theſ.2.lit.E.*

58 EFFRACTVRA eſt crimen, quo quis fores carceris, [a] aut furandi causâ domorum vel horreorum fores effringit. De quo crimine Iure Iuſtinianeo cognoſcit [b] etiam Præfectus vigilum, niſi ſi qua tam atrox,tamque famoſa perſona ſit, ut Præfecto urbi remittatur. [c]

[a] *l.1.in princip.ff.de effract.* [b] *l.3.§.effractura,ff.de offic.præf.Vig.* [c] *dict.l.3.§.1.ff.dict.tit.*

59 Variè autem in effractores extra ordinem jure Iuſtinianeo animadvertitur. Atrociores enim ſunt nocturni effractores, & ideò hi fuſtibus cæſi in metallum dari ſolent. Diurni verò effractores poſt fuſtium caſtigationem in opus

in opus perpetuum, vel temporarium dandi ſunt. [a] In honeſtioribus tamen judex relegationis pœnam excedere non debet. [b]

[a] *l. uls. ff. de effract.* vide Menoch. *lib. 2. de arbit. judic. cent. 3. caſu 296. nu. 3. & caſu 299. nu. 5. & 6. & cent. 4. caſu* 301. *num.* 1. Vide Farinac. *in practic. & theoric. crimin. lib. 1. tit. 4. quaſt.* 30. [b] *l. 1. in fin. ff. d. tit.*

Iure verò Carolino vir ſuſpenditur: fœmina immerſione in aquam & ſuffocatione ejuſmodi coercetur: vel pro conditione perſonæ, & arbitrio judicis punitur effractor, aut oculorum evulſione, aut manus unius amputatione, aut aliter. 60

Peinliche Halßgerichts Ordnung Keyſer Carls deß V. *Artic.* 159.

Qui de carcere eruperunt ſive effractis foribus, ſive conſpiratione cum cæteris, qui in eadem cuſtodia erant, capite puniri jubentur. Quòd ſi per negligentiam evaſerunt, leniùs puniuntur. 61

d. l. 1. in princ. ff. d. tit. Menoch. *dict. caſu* 301. *nu.* 5. Qui autem carcerem effregit, ſive ſe vinculis ſolvit, aufugere verò impeditus fuit, extraordinaria relegationis pœna coercetur. Ita conſuluit Collegium Facultatis *noſtræ Anno* 1604. *die* 21. *Julij*.

Etſi verò extra ordinem in effractores domorũ vel horreorum animadverti poſſit; ſi quis tamen malit in effractores pecuniariter experiri in duplum vel in quadruplum, liberum id fuerit; [c] quippe cùm effractores hi fures ſint. [b] Si quis item ex lege Iulia de vi publica judicio publico hos poſtulare velit, non impedietur, in turba cùm telo facta ſit effractura. [c] 62

[a] Cujac. *in paratit. ff. de effract.* [b] *d. l. 3. §. effractura. ff. de offic. Praf. Vigil. Conſt. Caroli V.* in der peinlichen Halßgerichts Ordnung / *d. art.* 159. [c] *l. pen. ff. ad leg. Iul. de vi publ.*

EXPILATIO eſt crimen, quo quis obvium quenq; noctu corripit, & veſtimento ac pecunia exuit: [a] vel ædes alienas aut villas expilat. [b] 63

[a] Cujac. 15. *obſer.* 31. *Aſcon. in Verr.* 2. Expilatores, ait, ſunt, qui ne pilum quidem in corpore ſpoliatorum relinquunt, quales ii eſſe videntur, qui per vim homines pecunia, aut veſtimentis exuiunt, quos Græci λωποδύτας vocant. [b] *l. pen. ff. ad l. Iul. de vi publ.* Cujac. *quæſt. in parat. ff. de effractor.* expilatores definit prædones, qui ædes aut villas alienas expugnant.

Expilatores autem extraordinem accuſantur, & in opus publicum vel perpetuum vel temporarium dari ſolent: honeſtiores ordine ad tempus moventur, vel fines patriæ excedere jubentur. 64

d. l. 1. §. 1. ff. de effract. & expilator.

Et licèt expilationes differant à furtis: [a] attamen cùm expilatores etiam fures ſint, & quidem atrociores, [b] ſi quis malit, poterit in eos pecuniariter experiri in duplum vel quadruplum. [c] Sed & publico judicio in expilatores animadverti licet, & capite puniuntur, ſi quid in turba cum telo fecerint. [d] 65

[a] *l. aut facta* 16. *§. qualitate. ff. de pœn.* [b] *d. l. 1. §. 1. ff. de effract. & expil.* [c] Cujac. *in paratit. ff. d. tit.* Quin etiam actione vi bonorum raptorum eos conveniri poſſe videtur. [d] *d. l. pen. §. 1. ff. ad l. Iul. de vi publ.*

CRIMEN SACCVLARIATVS eſt, quo quis magicis artibus ex alienis ſacculis pecuniam aut ſubducit, aut manu ſubtrahit. 66

l. Sacularij 7. *in princ. ff. de extraord. crim.* Cujac. *lib.* 10. *obſer.* 27. *in parat. ff. de effract.* ubi dicit, quòd Saccularij ſimiles ſint ſectoribus Zonariis.

67 Saccularius autem extra ordinem quoque plectitur eadem pœna, qua expilator.

d.l.1.§.simili modo,ff.de effractor. & expilat.

68 CRIMEN DERECTARIATVS eſt, quo quis furandi animo in aliena cœnacula ſe dirigit, id eſt, malis artibus ſcandit in aliena cœnacula, feneſtras hamis,uncinis, vel qua alia ratione furandi animo aperit.

d.l.Saccularij 7.Verſ.item qui directarij.ff.de extraord.crim. Cujac.10.*obſ.*27. Menoch.*lib.*2. *de arbit.judic.cent.*3.*caſu* 299.*nu.ult.*

69 Derectarij quoque pœna extraordinaria coercentur, & quidem vel ad tempus in opus dantur publicum; vel caſtigantur fuſtibus & dimittuntur: vel ſi honeſtiores ſint,ad tempus relegantur,aut ordine moventur.

d.l.Saccularij 7.Verſ.item qui directarij.ff.de extraord.crim. & d.l.1.§.simili modo.ff.de effractor.& expil.

70 Et quia derectarij fures ſunt, [a] dubium non eſt, quin etiam privatâ furti actione conveniri poſſint. [b]

[a] *d.l.Saccularij 7.ibi, furandi animo,ff.de extraordin. crim.* [b] *fures enim furti actione tenentur.*

71 CRIMEN DARDANARIATVS eſt, cùm quis vel annonarias merces coëmptas tantiſper ſupprimit, donec cariùs eas vendendi occaſio ſe offerat, [a] vel in vendendis mercibus ſtatera adulterina vel menſura falſâ utitur. [b]

[a] *l.annonam 6.in princ.ff.de extraord.crim.* [b] *d.l.6.§.1.& ult.ff.d.t.& l.in dardanarios* 37. *ff.de pœnis,*vide Cujac.*lib.*10.*obſer.cap.*19.

72 Coercentur autem dardanarij extra ordinem: [a] & plerunq; ſi negociantes ſunt, negociatione eis tantùm interdicitur; interdum etiam pro modo admiſſi relegantur:& humiliores in opus publicum dantur. [b]

[a] *d.l.6.ff.de extraord.crim.d.l.in dardanarios* 37.*ff.de pœnis* Menoch. *libr.* 2. *de arbit.judic. cent.*4.*caſu* 384.vide eundem *caſu* 382. *num.*3. [b] *d.l.6.in princip. & §.ultim.ff. de extraordin. crimin.*

73 Poteſt & publico judicio in dardanarios animadverti: puta judicio legis Iuliæ de annona, [a] vel ſi adulterina ſtatera aut menſura uſi ſint,judicio legis Corneliæ de falſis. [b]

[a] *l.2.ff.de lege Iulia de annonis.* [b] *d.l.6.§.onerant.ff.de extraord.crim.*

74 Quod deniq; attinet privata delicta,ut furtum, Rapinam,injuriam, ſervi corruptionem,autoritas legum arguit hæc etiam pro actoris arbitrio extraordinaria fieri crimina.

l.ult.ff.de priv.at.del.l.ult.ff.de furt.& l.ult.ff.de injur.l.1.in princ.& §§.ſeqq.ff. de extraord.crim. De ſervi corruptione eſt textus *in l.in eum* 5.*ff.d.t.*

CLAS.

Digitized by Google

CLAS. IV. DISPUTAT. X.

DE CRIMINE MAIESTATIS divinæ, quod ſacrilegium jura appellant.

THESIS I.

DE publicis criminibus dehinc ut agamus, propoſiti [a] ordinis ratio jubet. Eſt autem publicum crimen, quod aliquâ publicorum judiciorum lege vindicatur; cujuſmodi eſt lex Iulia, lex Cornelia, lex Pompeia, [b] & lex Fabia. [c]

[a] *Supra theſi 5. diſputatione 1. hujus claſſis 4.* [b] *l. 1. ff. de public. judic.* Non eſt publicum crimen, niſi lege quadam publicum eſſe jubeatur, *l. Manichæos 4. §. 1. C. de hæretic.* Alij verò, inter quos eſt Iul. Clarus, *lib. 5. ſentent. §. 1. num. 1.* publicum crimen definiunt, cujus accuſatio cuilibet de populo permiſſa eſt, ſed definitio hæc falſa arguitur *ex l. 3. ff. de extraord. crim.* [c] *tit. ff. de lege Fabia de plagiariis.*

Lex Iulia coërcet crimen Majeſtatis, adulterium, peculatum, vim publicam, & privatam, item ambitum, crimen repetundarum, & crimen fraudatæ annonæ. Lex Cornelia eſt vindex homicidij, veneficij, incendij, & falſi. Lex Pompeia parricidium punit. [a] Lex Fabia vindicat plagium: [b] de quibus criminibus ordine diſpiciemus, & primùm quidem hac diſputatione de crimine Majeſtatis. 2

[a] *d. l. 1. ff. de public. criminib.* [b] *d. tit. ff. de lege Fabia de plagiariis.*

Crimen Majeſtatis eſt, quod vel in religionem divinam, [a] vel adverſus Imperatorem aut populum, ejusvé ſecuritatem committitur. [b] 3

[a] *d. l. 4. §. 1. junctâ Auth. Gazaros, in princ. C. de hæretic. & Manich. l. ult. in princ. C. de feriis, & c. Sergentis, extra de hæretic.* [b] *l. 1. §. 1. & 1. tit. ff. & C. ad l. Iul. Majeſtat.* Majeſtas duplex alia eſt Divina ſive æterna, alia humana ſive temporalis, Arniſæus, *d. jur. Majeſtat. lib. 1. cap. 1. num. 6. in fin. & lib. 3. cap. 6. num. 14.* Bald. *conſil. 9. in princ. Vol. 1.*

In religionem divinam quod committitur Majeſtatis crimen, ſacrilegium appellatur: ut eſt blaſphemia, hæreſis, ſchiſma, apoſtaſia, & ſortilegium, aliaque divinandi curioſitas. 4

l. 4. §. ult. l. Damnato 6. §. 1. ibi, ſacrilegi Neſtorij, l. Quicunque 8. in fine principij, ibi mente ſacrilega, & §. ult. verſ. Nemo, ibi, ſacrilega, verſ. Æquum, ibi, immaniſſima ſacrilegia, Cod. de hæreticis, l. 1. ibi, ſacrilegis cœtibus, l. 2. ibi, ad ſacrilegia templorum, l. 4. in princ. ibi, apoſtatarum ſacrilegum nomen, verſ. In tantum ibi, hujuſmodi ſacrilegia, verſ. ſed ne hujus, ibi, ſacrificia ſacrilega, C. de apoſtatis, & l. 1. in princ. ff. ad leg. Iul. Majeſtatis, c. ſi quis Epiſcopus 26. in fin. quæſt. 5. ubi illicita diſsonatio ſacrilegium vocatur. De hoc crimine vide Berlich. *part. 4. concluſ. 1, & 2.* Menoch. *de arbitr. judic. quæſt. caſ. 375. lib. 2. cent. 4.* Gilhauſ. *in arbor. crimin. cap. 2. tit. 1.*

BLASPHEMIA eſt, divinæ majeſtatis, ejusq; poteſtatis contemptus: ut cùm Deo tribuitur, quod ejus majeſtati minimè convenit, veluti injuſtitia, crudelitas, malitia: aut negatur aliquid de Deo, quod ei maximè convenit; veluti, providentia, præſcientia, juſtitia, bonitas, omnipotentia, humani- 5

Digitized by Google

tas in Chriſto: aut convitium immediatè in ipſum Deum, Chriſti humanitatem, ejuſve ſacramenta, vel in matrem ipſius, aliosve ſanctos fit, Germanicè, Ein Gottsläſterung.

Reichs Abſchied zu Augſpurg *Anno* 1530. auffgericht/ *Tit.* von Gottsläſterung vnd Gottsſchwüren/ *pag.* 225. *& ſeq.* Peinliche Halßgerichts Ordnung Keyſer Carls deß V. *Articulo* 106. Fürſten: humbs Würtemberg. Lands Ordnung/ *pag.* 188. *in fin. & pag. ſeq. Novell.* 77. *cap.* 1. §. 1. *c. ſi quis per capillum* 22. *quæſtion.* 1. *cap.* 2. *ext. de maledicis.* Damhouder. *in praxi rerum criminalium, cap.* 61. *num.* 11. Didac. Covar. *ad c. Quamvis pactum tit. de pactis in* 6. §. 7. *num.* 8. Iul. Clarus *lib.* 5. *ſententiar.* §. *blaſphemia, num.* 1. & 2. Menoch. *de arbitr. judic. lib.* 2. *cent.* 4. *caſu* 375. ubi varia exempla blaſphemiæ proponit, ut & ante eum Didac. Covar. *dict. loco.* Ideò autem blaſphemia etiam dicitur, ſi quis in virginem Mariam, alioſve ſanctus contumelioſè quid dixerit, aut fecerit, quia contemptus hic etiam in Deum redundat, Iodoc. Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap.* 61. *nu.* 17. Menoch. *dict. caſu* 375. *num.* 14. Diſſentit Berlich. *tom.* 4. *concluſ.* 1. *nu.* 33. *& ſeqq.* Blaſphemia atrox quæ dicatur vide Caſp. Anton. Theſaur. *lib.* 1. *quæſt.* 78. Quomodo & in quos blaſphemia committatur tractat Theſaur. *deciſ. Pedemont.* 241. Speckhan. *cent.* 1. *quæſt.* 93.

6 Facto quoq; blaſphemiam committi volunt; ut ſi quis impijs manibus ſpurcaverit, fœdaverit, obleverit Dei Salvatorisque noſtri, ut beatæ virginis, vel ſanctorum imagines & figuras.

Per l. non contrahit 5. *& l. ſeq. & l.* 7. §. *ult. ff. ad leg. Iul. Majeſt.* facit etiam huc *l. un. C. Nemini licere ſignum Salvatoris Chriſti humi vel in ſilice, vel in marmore, aut inſculpere, aut pingere,* Iodoc. Damhouder. *dict. cap.* 61. *nu.* 25. Menoch. *de arbit. Iudic. lib.* 2. *cent.* 4. *caſu* 386.

7 Pœnam quod attinet blaſphemiæ; alia jure divino in populo Iudaico in uſu fuit; alia jure canonico definita eſt; alia item ſanctionibus Cæſareis eſt recepta. Iure divino blaſphemi lapidibus opprimebantur. [a] Iure Canonico in terris Papæ ſubjectis, blaſphemus, jurando per capillum, aut caput Dei, vel alio modo, ſi in Eccleſiaſtico fuerit ordine, ex Pij Papæ præcepto, deponitur, ſi laicus ſit, anathematizatur. Quòd ſi per creaturas juraverit, acerrimè caſtigari, & pœnitere jubetur. [b] Sed Iuſtiniani Conſtitutione in terris Imperij hujuſmodi blaſphemus ultimo afficitur ſupplicio. [c]

[a] *Levit. cap.* 24. Iudæi quomodo DEVM blaſphemare, & puniri poſſint demonſtrat Dn. D. Berlich. *tom.* 4. *pract. concluſ.* 2. [b] *c. ſi quis per capillum* 22. *quæſt.* 1. Didac. Covar. *dict.* §. 7. *nu.* 10. *Verſ. ſed quia pœnam,* Menoch. *dict. caſu* 385. *num.* 27. [c] *Novell.* 77. *cap.* 1. §. *præcipimus,* Damhouder. *dict. cap.* 61. *num.* 12. Didac. Covar. *dict.* §. 7. *num.* 10. *Verſ. Iure autem civili, &* Menoch. *dict. caſu* 385. *nu.* 28. dictam Iuſtiniani Conſtitutionem de omni intelligunt blaſphemo; ſed noſtro judicio malè. Vide etiam conſultat. conſtitut. Saxonis *part.* 4. *quæſt.* 75. *ubi de blaſphemia, & diſtinctione pœnæ hujus criminis diſſeritur.* Adde Excellentiſ. Dn. Beſold. *Volum.* 2. *conſil.* 48. De pœna blaſphemiæ Vide Vivium. *deciſ.* 388. Dn. Berlich. *dict. concluſ.* 1. & 2. Theſaur. *deciſ.* 24.

8 Sed ſi quis contra Deum, vel beatam virginem, aut aliquem ſanctorum linguam ſuam alio modo in blaſphemiam publicè relaxare præſumpſerit, ſanctio Pontificia Gregorij noni mandat, ut hic blaſphemus in ſeptem diebus dominicis, dum miſſarum ſolemnia aguntur, præ foribus Eccleſiæ in manifeſto ſtet, ac ultimo illorum die dominico palleum & calceamenta non habeat, ligatus corrigia circa collum, ſeptemque præcedentibus ſex ferijs in pane & aqua jejunet, Eccleſiam nullatenus ingreſſurus. Quolibet etiam prædictorum dierum, ſi poterit tres pauperes, alioquin duos tantùm

tùm, aut unum reficere jubetur. Quòd ſi ad hoc ejus non ſuppetant facultates, in aliam id pœnam commutari debet, & ſi prædictam pœnitentiam hic blaſphemus agere renuat, Eccleſiæ ingreſſu ei interdicitur, & in obitu Eccleſiaſtica ſepultura caret. Inſuper etiam per temporalem poteſtatem ope Epiſcopi Diœceſali blaſphemus, ſi dives fuerit 40. ſolidorum, alioqui 30. aut viginti, vel 5. ſolidorum uſualis monetæ pœna multari, eadem ſanctio præcipit.

c. 2. ext. de maledicis. Nicolaus Boër. *deciſ.* 301. *num.* 9. Iul. Clarus. *lib. 5. ſentent. §. blaſphemia. num.* 3. Matth. Coler. *deciſ.* 122. *nu.* 5. Farinac. *in prax. criminal. 9. lib. 1. tit. 3. queſt. 20. nu.* 62.

Cæterùm Lateranenſis deinde Synodus ſub Leone X. Anno 1514. conſti- 9
tuit, ut quicunq; Deo palàm ſeu publicè maledixerit contumelioſiſque ac obſcœnis verbis Chriſtum, ant virginem Mariam blaſphemaverit, ſi munus publicum, jurisdictionemque geſſerit; ejus officij emolumenta trium menſium pro prima & ſecunda vice perdat: ſi tertiò deliquerit, iſthoc munere privatus exiſtat. Si Clericus vel ſacerdos fuerit, pro vice prima beneficiorum ſuorum fructibus anni unius multetur. Pro vice autem ſecunda, ſi unicum habuerit beneficium, eo privetur; ſin verò plura, quod ordinarius maluerit, id amittere cogatur. At pro vice tertia, dignitatibus ac beneficijs omnibus, quæcunq; habuerit, eo ipſo privatus exiſtat. Laicus verò, ſi nobilis fuerit, pœnâ 25. ducatorum multetur; & pro ſecunda vice 50. pro tertia nobilitatem perdat. Sin plebeius & ignobilis fuerit, in carcerem detrudatur. Quòd ſi ultra duas vices publicè blaſphemus deprehenſus fuerit, mitra infami per integrum diem ante fores Eccleſiæ principalis ſtare cogatur. Si ſæpiùs in hoc ipſum peccatum lapſus ſit, judicis arbitrio vel ad perpetuos carceres, vel ad triremes damnetur. Qui verò ſanctos reliquos blaſphemaverit, arbitrio judicis rationem perſonæ habituri, mitiùs aliquantò puniatur.

Didac. Covar. *dict. §. 7. num.* 18. & Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. cent. 4. caſu* 375. *nu.* 29.

Imp. autem Caroli V. ſanctione blaſphemi in carcere per dies 14. aqua 10
& pane cibari jubentur pro vice prima. Qui ſi iteraverint poſtea hoc crimen, diſpendium facultatum ſuarum pro criminis qualitate, & judicis arbitrio, ſuſtinent; quæ pecuniaria pœna domeſticis pauperibus, aut in dotem egenis virginibus applicatur. Quòd ſi tertia quis vice blaſphemiam evomerit, capitali plectitur pœna, aut membrorum quorundam amiſſione punitur; [a] ac plerũq; ex ſtatutis, vel moribus locorum lingua ejus amputari, aut perforari ferro ſolet: [b] etiamſi blaſphemia non ipſum Deum, ſed virginem Mariam, aliosve ſanctos contingat.

[a] Reichs Abſchied zu Augſpurg Anno 1530. auffgericht / *tit.* von Gottesläſterung vnd Gotteſchwüren/ *pag.* 225. *§.* Darauff ordnen vnd ſetzen wir/ *Item.* Peinliche Halßgerichts-Ordnung Keyſer Carls deß *V. art.* 106. Fürſtenthumbs Würtemberg gemein Landts-Ordnung/ *p.* 189. *in prin. & p.* 191. *ver.* So aber die gemelten/ *vide etiam* Reichs Abſchied/ *de An.* 1557. *tit.* 1.

[b] Damhouder *d. c.* 61. *n.* 34. Boer. *deciſ.* 301. Didac. Covar. *dict. §. 7. nu.* 11. *verſ.* 1. Iul. Clar. *lib. 5. ſent. §. blaſphemia.* Et certè graves ſunt cauſæ, cur blaſphemi digna affici pœna debeant, quas refert Io. Bernar. Diaz, *in pract. crim. Canonica, c.* 103. [c] Reichs Abſchied/ *dict. tit.* von Gottesläſterung/ *pag.* 226. Conſule omnino Berlich. *tom. 4. concl. 1. n.* 59. & *ſeqq.*

Non

11 Non deſunt, qui putant, blaſphemum ordinaria hodie plecti pœna, ſive lingua, [a] ſive facto [b] quondam blaſphemiam exercuerit.

[a] Vide Menoch. *de arbitr. judic. lib. 2. cent. 4. caſu 375. num. 30. & ſeqq.* [b] Vide eundem Menoch. *cod. lib. & cent. caſu 376.*

12 Eſt & hæc blaſphemorum pœna, quòd ipſo jure de hoc crimine convicti infamiâ notantur: & ſi de facto prædicta pœna plecti nequeant, à quolibet impunè ſcelerati homines appellari poſſunt.

Reichs Abſchied/ *dict. tit.* von Gottsläſterung/ *pag. 225. fac. 2.* Vnd ſo ſolche. Sed quod infamiam attinet, diſſentiunt nonnulli, quos citat Didac. Covar. *dict. §. 7. num. 12.*

13 Non eſt hoc loco omittendum, quòd illi, qui audiverunt aliquem blaſphemia evomere verba, intra dies octo crimen illud, & ejus autorem ordinario Magiſtratui indicare tenentur; Quòd ſi ab ipſo Magiſtratu ad hoc requiſiti malitioſè non fecerint, quaſi conſortes criminis pro qualitate cauſæ, corporali aut pecuniaria pœna ſeverè puniuntur. [a] Quin etiam Magiſtratus ipſe hoc crimen vindicare ſi neglexerit, pœnæ reus erit. Et licèt Princeps, Comes, Baro, aut civitas Imperialis non valeat peccatum hoc punire, attamen ſub pœna decem marcarum auri Præfecto fiſci Imperialis indicare illud cogitur. [b]

[a] Reichs Abſchied/ *dict. pag. 225. fac. 2. verſ.* Wo auch einer obgemelte Gottsläſterungen. Fürſtenthumbs Würtemberg Landts Ordnung/ *pag. 190. in princ.* [b] Reichs Abſchied/ *dict. p. pag. 225. fac. 2. verſ.* Würde aber eines Fürſten. Licet de jure communi divinæ ultioni relinquantur. Vide Berlich. *dict. concluſ. 1. num. 81.*

14 Sed in dubium vocatur, an conſuetudo blaſphemandi, ipſum blaſphemum à pœna blaſphemiæ excuſet? Id quod nos cum quibuſdam contra quoſdam negamus.

Quos referunt & ſequuntur Didac. Covar. *dict. §. 7. nu. 13.* Iul. Clarus *lib. 5. §. blaſphemia, nu. 7.* & Menoch. *dict. caſu 375. nu. 34.* Proſper Farinac. *in criminal. tr. lib. 1. tit. 3. quæſt. 20. nu. 44. nit. 25.* Vide Gilhauſen. *in arbor. criminal. c. 6. part. 1. §. 19. nu. 4. & ſeq.*

15 Si quis tamen calore iracundiæ injuſtæ in blaſphemiam proruperit, mitiùs puniri debet.

Farinac. *tract. crim. lib. 1. tit. 3. q. 20. nu. 47.* Iul. Clar. *lib. 5. ſent. §. blaſphemia, n. 6. & §. fin. n. 9. &* Pet. Follerius *in pract. criminali, in parte fragment. n. 13.* Tiraquell. *de pœnis temper. cap. 1. n. 14.* Menoch. *dict. caſ. 376. nu. 33.* Gilhauſ. *in crim. arbor. cap. 2. tit. 1. n. 16.* Idem de Ebrietate dicit Berlich. *dict. concluſ. num. 96.*

16 Sequitur de hæreſi. Hæreſis eſt, cùm quis perverſo ac pertinaci ſpiritu, alicujus temporalis commodi, & maximæ vanæ gloriæ, principatusque ſui gratiâ, levi argumento à judicio, & tramite veræ Catholicæ religionis cum ſcandalo Eccleſiæ deerrat, aliudque perverſum dogma tuetur.

Paul. Tit. 3. Verſ. 10. & 11. 1. Tim. 6. Verſ. 3. & 4. Tit. 1. Verſ. 10. & 11. & 13. l. 1. §. 1. l. 2. in princ. vbi, animi obſtinatorvis, C. de ſumma Trinit. ar. & fide catbol. l. 2. §. 1. C. de hæretic. Novell. 109. in princ. c. inter hæreſin, c. hæreticus, c. qui in Eccleſia, & c. dixit Apoſtolus & Can. Quidam autem in fin. 24. quæſt. 3. c. ad abolendam, ext. de hæreti. Cyrillus Fulgeonius *in ſumma criminalium, Rubr. 26. §. 2. nu. 4.* & Paul. Chirland. *tract. ar. de hæretic. quæſt. 1. n. 2. 3. & 6. &* Gundislaus de Villadiego *in Tract. de hæretic. quæſt. 1. n. 1. & 9. 4.* Ludovicus quoq; Carerius *in pract. criminali, Tract. ar. de hæretico, c. 1. nu. 1.* Hæreſin definit hoc modo: Hæreſis eſt deviatio à fide Chriſti, & Ca-

& Catholica religione cum pertinacia. Iodoc. Damhouder. *dict. cap. 61. nu. 53.* quinque requirit ad hoc, ut quis hæreticus dicatur, I. ut sit error in ratione. II. ut error ille sit contra ea, quæ determinavit Ecclesia, in his, quæ spectant ad fidem, & bonos mores. III. ut hujusmodi error sit in illo, qui Christianam, Catholicamq; professus est religionem. IV. ut hujusmodi errans aliquam confiteatur de Christo veritatem, quæ spectat ad ipsius humanitatem, vel divinitatem. V. ut hujusmodi errorem pertinaci & obstinata mente eligat, & sequatur. Hæresis enim, non error facit, sed pertinacia, *Can. An qui in Ecclesia*, ubi gl. 24. *quæst. 3. & Can. Dixit. ibidem.* Cæterum Ludovicus Carerius in *practica criminali dict. Tractat. de hæreticis cap. 2. num. ult. hæreticum in hac verba definit:* Hæreticus propriè dicitur, qui contra fidem Christi, & articulos fidei, & contra præcepta, & dogmata Ecclesiæ, & conciliorum ejusdem pertinaciter affirmat, falsum dogma, & extraneum sensum gignendo, aliter, quàm Spiritus sanctus dictat. *Eodem cap. 2.* idem Carerius varios ex Dd. monumentis proponit casus, quibus hæresin contrahi existimat. Est & illud hic notandum, quod hæreticus dicitur aliquis dupliciter, propriè, & largè, Cardinal. *in Clement. 1. §. Porro. Tit. de summa Trinitat.* Vt autem aliquis verè, & propriè dici possit hæreticus, tria necessaria sunt: Credulitas falsa: perversa voluntas in concupiscibili, pertinacia in impugnando, D. August. *de utilitat. credend.* D. Thomas *in 2. secunda, quæst. 11. artic. 1. 2. 3.* D. Bonavent. *in 4. Sentent. distinct. 23. artic. 3.* vide Ayrer *in proœm. part. 1. capit. 9. observat. 7. numer. 18. & seqq.* Paul. Christinæum *decis. Belgic. tom. 2. decis. 7. & 34.*

Vnde non solùm hæresis est, si quis à fide Christiana deviet, sed & si aliquis errorem religionis alium pertinaciter defendat; ut si perversè de sacramentis sentiat. 17

dict. Novell. 109. in princip. cap. ad abolendam 9. in princip. extr. de hæretic. Paul. Chyrland. *Tractat. de hæretic. quæst. 2. num. 2.* Ludovic. Bonifacius *de maleficiis, Rubric. de crimine hæresis, num. 1.* Carer. *in practica criminali, Tractat. de hæretic. cap. 2. num. 1.* At dissentit Wesenbec. *in paratit. Cod. tit. de hæretic. num. 4.* Paul. Christinæum *vol. 2. decis. 7. & decis. 34. per tot*

Pœna hæreticorum jure Canonico est excommunicatio & Anathematizatio cum publicatione bonorum, quæ nec quidem liberis orthodoxis relinquuntur: [a] jure autem civili pœna est exilium sive Bannum, similiterq; confiscatio omnium bonorum, nisi adsint liberi, aut agnati aut cognati Orthodoxi, [b] non etiam mors naturalis, [c] nisi Manichæi fuerint, [d] aut hæresin suam alios docere tentaverint. [e] Atque hæc pœna hæreticorum etiam in illos jam mortuos convertitur. [f] 18

[a] *c. si quis Episcopus, c. sicut aut 8. c. ad abolendam in princ. c. Gergentis, c. excommunicamus 13. c. excommunicamus 15. extr. de hæreticis, c. 2. §. 1. & c. pen. eod. Tit. in 6.* Chyrland. *tract. de hæretic. quæst. 4.* Quid sit Anathema, & quæ vocis notatio, docet Didac. Covarr. *qd c. alma mater. tit. de sentent. excom. §. 8. num. 6.* [b] *l. Arriani 5. in pr. in. ib. nusquam in Romanum locum convenendi, morandi habeant facultatem, & l. quicunque 8. §. 2. in fin. & Auth. Gazarus C. de hæret. l. ult. C. de Apostat. Novell. 115. cap. 3. §. si quis de prædictis vers. & hæc quidem Auth. idem est C. de hæret.* Cujac. *lib. 12. cap. 30.* [c] *uti arguit Nov. 109. in princ. & cap. 1. & Nov. 115. cap. 3. §. si quis de prædictis vers. & hæc quidem.* Quidam interpp. arbitrariam hæreticis pœnam definierunt cum infamia *l. 1. in fin. Cod. de sum. Trinit. & fide Cathol.* [d] Hi enim ultimo supplicio affici jubentur *d. l. Arriani. Cod. de hæret.* Iodoc. Damhouder. *in praxi rer. crim. cap. 61. num. 57.* Zac. *cons. 23. num. 3. lib. 1.* [e] Hos similiter ultimo coerceri supplicio Impp. Valent. & Martian. volunt, *l. quicunq; 8. §. ult. C. d. tit.* Lud. Carer. *in pract. crim. tract. de hæret. cap. 4. nu. 2.* Sed Wesemb. *in paratit. C. eod. tit. nu. 6.* in utroque proximè allegato loco ultimum supplicium interpretatur de exilio sive deportatione. [f] *d. l. 4. §. in mortem C. de hæret. & c. si quis 5. extr. eod. tit. & c. sanè 24. quæst. 2.*

19 Existimant quidam Dd. [a] igne comburendos esse hæreticos: quam etiam pœnam in terris Ecclesiæ Pontificię subire hæretici coguntur. [b] Verùm neque divina, neque humana aliqua lege, hæresin hujusmodi vindicari supplicio Zasius rectè arbitratur. [c]

[a] Matth. de Afflict. *ad Constit. Neapol. Rub. 1. de hæret. nu. 43. & seq.* Lud. Carer. *d. tract. de hær. cap. 4. nu. 1.* Damhoud. *in præxi rer. crim. cap. 61. nu. 58.* Didac. Covar. *lib. 2. Variar. resol. cap. 10. nu. 10.* [b] Damhoud. *d. loc.* Paul. Chyrl. *tract. de hæret. quæst. 3. nu. 3.* Bonif. *tract. de Malefic. Rub. de crimine hæresis, nu. 6.* Consil. *lib. 3. Miscel. cap. 8. nu. 5.* Menoch. *lib. 2. de arbitr. jud. quæst. cent. 4. cas. 374. nu. 2.* & alii, quos refert & sequitur Iul. Clar. *lib. 5. sent. §. hæresis, num. 8.* [c] *cons. 23. nu. 3. lib. 1.* Quod attinet legum divinam vide Doct. Heerb. *Disput. de hær. An ultimo afficiendi sint supplicio, Tubing. An. 1576. habitam.* Vide etiam Ioh. Wierum. *lib. 6. de magorum infamium pœnis, c. 17.* Christinæ. *Vol. 2. decis. 34.*

20 Etsi verò Canonica etiam sanctione hæreticorum bona confiscentur, executio tamen confiscationis, ut & pœna corporalis, seculari potestati, quàm primùm hæreticus à judice Ecclesiastico condemnatus, & si clericus sit, ab ordine suo degradatus [a] fuerit, committitur. [b]

[a] *c. excommunicatus. 14. §. 1. & c. pen. extr. de hær.* [b] *c. cùm secundùm eo. t. in 6.* Volunt autem Dd. hodie confiscatorum bonorum, unam partem domino temporali, alteram inquisitori, tertiam officio deferri. Menoch. *post alios d. cas. 374. nu. 4.*

21 Clericus tamen hæreticus non semper seculari judicio puniendus relinquitur, sed quandoque in perpetuum carcerem detruditur, si condignam pœnitentiam agere noluerit.

ex. de hæret. in 6. c. pen. §. ult. extr. eod. tit.

22 Excommunicationem, exilium sive Bannum, & bonorum confiscationem, aliæ etiam pœnæ sequuntur, ut infamia, [a] amissio privilegiorum, [b] juris contrahendi, [c] testandi, [d] succedendi, [e] postulandi, [f] militandi, [g] conventicula habendi, [h] & testimonium contra Orthodoxum dicendi. [i] Sepulturæ item Christianæ jus hæretico denegatur. [k] Nec quisquam ei, super quocunq; negotio respondere, nec in reconventione cogitur: [l] ipsi tamen legitima defensio judicialis, & appellandi jus tribuitur. [m]

[a] *l. 1. in fin. C. de sum. Trin. & fid. Cath. d. Auth. Gazaros C. de hær.* [b] *l. 1. junct. Auth. item privilegium C. de hær. c. decrevit. tit. de hær. in 6. & c. Gergentis extr. eod. tit.* [c] *l. 4. §. præterea C. de hær. c. ultim. ex. d. tit.* [d] *d. l. 4. §. ergo & suprema C. eodem.* [e] *l. cognovimus 19. & l. ultim. C. d. tit.* [f] *l. nemo 15. C. de Episcop. Audient. Auth. credentes C. de hær.* [g] *l. 5. & l. quicunque 8. §. 4. C. d. tit.* [h] *d. l. 5. & d. Auth. Gazar. C. eod.* [i] *l. pen. junct. Auth. credentes. C. d. t.* [k] *c. 2. de hæret. in 6. & c. sicut ast. in fin. extr. eod.* Lud. Carer. *in pract. crim. tract. de hær. cap. 5. nu. 6.* Menoch. *lib. 2. de arb. jud. cent. 4. cas. 374. nu. 5.* [l] *Auth. credentes, Sect. nullius præterea. C. de hær. c. ult. ext. de hær. & c. cùm inter ext. de except.* [m] *d. l. cùm inter ex. d. t.* Iulius Clarus *lib. 5. sentent. §. hæresis. per tot.*

23 Non solùm autem prædictis afficiuntur pœnis ipsi hæretici, sed & receptatores & defensores illorum: [a] & si quis domum, vel quam aliam suam possessionem conventiculis hæreticorum præbuerit, ipsam domum vel possessionem aliam amittit, eaque Orthodoxæ Ecclesiæ in cujus territorio est, ex Valentiniani & Martiani Impp. sanctione, addicitur. Quòd si prædii alicujus conductor, procurator, vel actor, hæreticorum conventiculis illud

concesse-

concesserit; si vilis & abjectæ fuerit conditionis, fustibus publicè, in pœnam suam & aliorum exemplum coërcetur: sin honesta sit persona, decem libras auri multæ nomine, fisco imperii ex eorundem Impp. constitutione inferre jubetur: [b] quam pecuniariam pœnam, solvere tenentur etiam illi, qui hæreticos de infausta hæresi disputantes adierunt. [c] Et qui hæreticorum libros habent, & servare sacrilega ipsorum scripta audent, perpetua etiam deportatione damnantur. [d]

[a] *d. Auth. credentes C. de hæret. & c. excommunicamus 13. §. credentes, extr. eod.* Gundissalvus de Villa diego *tract. de hæret. quæst. 16.* [b] *d.l. quicunque 8. §. universi C. de hæret.* [c] *d. l. quicunque 8. §. nulli. Vers. eos vero C. d. tit.* [d] *d. l. quicunque 8. §. nulli. Vers. nemo. & Vers. seq. C. eod. tit.*

Hæreticorum quoq; libri, & chartæ flammis absumi jubentur, ut facino- 24
rosæ perversitatis vestigia, ita flammis combusta pereant.

d. l. quicunque 8. §. nulli. Vers. omnes vero, C. de hæret. l. Mathematicos. 10. C. de Episc. Aud. & c. fraternitatis 4. extr. de hæret.

Non est loco ignorandum, quod pœna hæreticorum, pro conditione & 25
qualitate tum hæreseos tum personarum, arbitrio judicis mitigari & minui potest.

C. ad abolendam §. Laicus autem, extr. de hæret. & fac. l. quid ergo 13. §. pœna gravior [illegible] *gl. ff. de his, qui notantur infam. l. & si severior 3. l. si Possidonium 4. C. ex quibus caus. infam. irrog. l. auxilium 17. §. 1. Vers. in delictis autem. ff. de minor. l. absentem 5. §. ult. l. aut facta. 16. §. persona 5. qualitate. l. si quis aliquid 38. §. instrumenta. ff. de pœnis.* Gundissalv. de Villa diego *d. tract. de hæret. quæst. 17. nu. 1. & 2. Wes. in parat. C. de hæret. nu. 6. Vers. Quare dixi-mus.* Iudex quis sit competens in causa hæresis. vide Coras. *in Semitissconsult. Tholos. cap. 20.* An & quatenus secularis potestas hæreses prohibeat, extirpetq; vide Dn. D. Besold. *in tract. de Majestat. in gener. cap. 6. fol. mihi 67. & seqq.*

Remittitur item pœna ei, qui post deprehensionem erroris continuò ad 26
fidei Catholicæ unitatem sponte recurrit, & errorem suum, ad arbitrium Episcopi regionis, publicè abjurare, & satisfactionem sive pœnitentiam congruam exhibere consentit.

c. ad abolendam §. præsenti. & c. excommunicamus 13. §. qui autem extr. de hæret. & l. 4. §. sed nec filios C. eod. tit. & late contra quosdam alios probat Zas. *consult. lib. 1.* Quando autem hæreticus dicatur ad Catholicæ fidei unitatem reversus, judicis arbitrio relinquitur Menoch. *lib. 2. de arb. jud. cent. 4. cas. 373.* Quomodo item abjuratio illa fieri debeat, tradit idem Menoch. *eod. lib. & cent. cas. 372.* Volunt tamen Dd. quod hæretico in veritatis viam reverso, loco pœnitentiæ indicatur primo pœna perpetui carceris: deinde alia pœna judici arbitraria. Menoch. post alios, quos refert & sequitur, *d. l. 2. cent. 4. nu. 6. & 7.* Zas. *d. consult. n. 11. & 15. & 17.* Sed hanc sententiam non tuentur, quos allegant rectus *in c. 1. de hæret. in 6. & c. ad abolendam 9. §. præsenti. & c. pen. in fin. extr. eod. tit.* Qui tamen post abjuratum errorem deprehensi sunt recidisse in hæresin abjuratam ex Sanctione Papæ Alexand. IV. sine ulla penitus audientiâ secularis judicis relinquuntur puniendi *c. super eo tit. eod. in 6.* Menoch. *d. cas. 374. num. 1.* de Hæreticorum Pœnis adde Cardinalem Tuschum. *in practic. conclus. lit. H. conclus. 10. numer. 1. & seqq. & conclus. seqq.* Hæreticis quomodo servanda fides Schultes *libr. pract. quæst. 70. per tot.*

SCHISMA, quod ab hæresi differt, est, cū quis Cardinalis [a], vel Episcopus 27
[b] se ab Ecclesiæ Romanæ unitate separat, & partes sibiipsi facit, [c] ordinando scilicet novos Ecclesiæ ministros, & Ecclesiasticas dignitates seu officia

tribuendo. [d] Ipsum tamen schisma aliquam sibi plerunque hæresin confingit. [e]

[a] *c. un. de schismaticis in 6.* [b] *cap. 43. de Ligurib. 25. quæst. 5. & c. inter hæresin 24. quæst. 3. c. quotsens 1. q. 7.* Non ergo omnis hæreticus est schismaticus, licet hoc Dd. velint, quos sequitur Paul. Chyrl. *tract. de hæret. quæst. 2. nu. 7.* & Gundis. *eod. tr. q. 3.* [c] *c. schisma 24. q. 1.* [d] *c. 1. & 2. ext. de schismatic.* [e] *d. c. inter hæresin. 24. q. 3.* Sed vide Iohan. Bernard. Diaz. *in pract. crim. canon. cap. 105.*

28 Pœna schismatis est excommunicatio: quam si contempserit schismaticus, & permanserit schisma, tum coercetur ille à seculari potestate, durâ custodiâ, exiliis, & rerum proscriptione, [a] atque alia etiam hæreticorum pœna multatur. [b]

[a] *c. de Ligurib. 23. q. 5. & fin. c. qui contrà 24. q. 1.* [b] *c. un. de schismatic. in 6. & c. 1. & 2. extr. eod. t.* Quòd si tamen redierit schismaticus ad Ecclesiæ unitatem, recipitur ad eam, facta solemni abjuratione schismaticis *c. quotsens. 1. q. 7.* vide Arnold. ab Haersolt. *in adver. de Action. ad 7. partem pandect. act. 32.*

29 Succedit Apostasia, quæ est cùm quis Christianus à Religione Christiana penitùs desciscit; ut si ex Christiano Iudæus, vel Papanus, vel Samaritanus, vel Saracenus fiat.

c. Beatus prædecessor 3. quæst. 4. l. 1. & 2. & tot. tit. C. de Apostat. ubi Cujac. *in parat. &* Wesenb. *in parat. num. 1. 2. & 3.* Matth. de Affl. ad *Constit. Neapol. lib. 1. Rubr. 3. de Apostantib. num. 1.* Iul. Clar. *lib. 3. sent. 5. fin. nu. 4.* constituunt Dd. tres species Apostasiæ, perfidiæ, inobedientiæ, & irregularitatis, Bonif. de Vitelin. *in tract. de Malefic. Rubr. de Apostat.* Matth. de Affl. *d. loco.* Iohan. Bernard. Diaz. *in pract. crim. Canon. c. 104.* Damhoud. *in prax. crim. cap. 61. nu. 42. & seqq.* & Iul. Clar. *d. q. 78. nu. 4.* Apostasiam perfidiæ dicunt, de qua hic agimus, ut Matth. de Affl. & Wesenb. *sup. dd. locis* affirmant. Apostasiam inobedientiæ vocant, cum quis sponte transgreditur divinum præceptum, vel sacra Ecclesiæ decreta: qualis defectio fuit primorum parentum, Adami & Evæ. Apostasia irregularitatis ipsis est, cùm aliquis Monachus aut Canonicus, vel alius religiosus, suum ordinem derelinquit; & de hac Apostasia agitur *tit. ext. de Apostat.* vide Iacob. Ayrer. *in histor. proces. jur. part. 2. cap. 6. observ. 2.* Christin. *vol. 2. decis. 39.*

30 Etsi verò Apostatæ in exilium sive Bannum non damnentur, [a] attamen variis pœnis aliis plectuntur. Eorum enim facultates dominio fisci vindicantur, [b] si non adsint propinqui eorum, Christianitatem sectantes, quibus eorum hereditas relinquitur. [c] A consortio item omnium sunt segregati, à testimoniis alieni, [d] testandi, succedendi, donandi, vendendi facultatem non habent: [e] in vivos perpetua & publica accusatio est; [f] post mortem etiam intra quinquennium accusari & damnari possunt; [g] & eorum crimen nec pœnitentia aboletur. [h]

[a] *l. 3. Vers. quos etiam C. de Apost.* obstare videtur. *l. ult. C. eod.* per quem etiam VVesenb. *in parat. C. eod. tit. nu. 4.* scribit pœnam Apostasiæ esse exilium. [b] *l. 1. C. d. t.* [c] *l. 4. Vers. sed nec Vendit. nis C. eod.* [d] *d. l. 3. in pr. C. d. t.* [e] *l. 2. ubi, testari minimè potuisse l. 3. in pr. & l. 4. Vers. quib. & Vers. seq. C. eod. tit.* [f] *d. l. 4. C. eod.* [g] *l. 2. C. d. t.* [h] *d. l. 3. C. h. tit. obst. putatur l. interelaras 8. §. ult. Vers. sed quia C. de sum. Trin. & fid. Cathol. & c. super eo 4. in prin. tit. de hæret. in 6.* Diabolo quisquis mancipant, Deo autem se abdicant, cum Sathana rem habent. Maleficio tamen nemini obfuerunt, quæ pœna plecti debeant quæritur? Si ad Deum se convertentur, ex sententia collegii facultatis nostræ relegantur. Ita consuluit *anno* 1608. *mense Maio. Sed anno* 1612. *mense Iulio consuluit*, ut ejusmodi aliqua mulier, quæ 70. erat annorum, confiniretur, & ei consortio honestorum hominum interdiceretur.

Is tamen,

Is tamen, qui servum, vel ingenuum invitum, suasione plectendæ, ex cultu Christianæ religionis in nefandam sectam transduxerit, cum dispendio fortunarum capite punitur. 31

l. penult. C. de Apost.

Nunc de sortilegio, aliaque divinandi curiositate [a] breviter nobis edisserendum. SORTILEGIUM est, cum quis sub nomine fictæ religionis, per quasdam, quas Sanctorum seu Apostolorum vocant, sortes, divinationis scientiam profitetur, aut quarumcunque scripturarum inspectione futura promittit; Latini sortilegium vocant. [b] 32

[a] Ita Constant. Imp. vocat *in l. nemos. C. de malefic.* [b] *c. unic. 26. q. 1.* Vide Godelman *de Magis, & c. lib. 1. cap. 9. per tot.*

In alia divinandi curiositate qui sunt: vel incantatores dicuntur, ut qui artem divinandi verbis peragunt: vel Arioli, si circa aras idolorum nefarias preces emittant, & funesta, sacrificia offerant: ac hisce celebrationibus, dæmonum Responsa accipiant; vel aruspices, quasi horarum inspectores. Dies enim & horas, in agendis negotijs, operibusque custodiunt, & quod per singula tempora observare debeat homo, intendunt. Hi etiam exta pecudum inspiciunt, & ex ijs futura prædicunt. Vel appellantur Augures, si volatus avium & voces intendant, aliaque signa rerum, vel observationes improvisas hominibus occurrentes ferant. Iidem sunt & auspices. Vel Pythonissæ dicuntur, qui quadam religione diabolicam professionem sectantur, ita à pithone, id est, Apolline vocati; quòd is autor fuerit artis divinandi: vel Horoscopi, qui horas Nativitatis hominum dissimili & diverso facto speculantur: vel salitores, qui dum alicui pars aliqua membri salierit, quid jam illi prosperum vel triste significari, prædicunt: vel Astrologi, qui ex astris augurantur: vel Genethliaci, qui per duodecim cœli signa, syderumque cursus, nascentium mores, ortus, & eventus, prædicere conantur: [a] vel Mathematici, [b] qui præscientiam futurorum sibi arrogant, ex quibusdam observationibus, quæ superstitione hominum potius, quàm aliqua probabili causa rerum nituntur, [c] ut qui per puncta, & numeros notasque divinare solent: [d] vel Necromatici, quorum præcantationibus videntur resuscitati mortui divinare, & ad interrogata respondere: vel Hydromantici, qui in aquarum inspectione umbras dæmonum evocant, & imagineas ludificationes vident, & quædam ab ijs audiunt. [e] 33

[a] *c. igitur genus 26. q. 3.* [b] *l. 5. C. de malefic. & Mathem.* De Astrologis & alijs, quiillicitam divinationem pollicentur, est etiam text. *in l. item apud 15. §. si quis Astrologus. ff. de injur.* Per Astrologos autem non intelligi putant, qui ex astris futura prædicunt per modum demonstrationis, aut saltem inclinationis, sed qui præcisam necessitatem astris imponunt. P. Chyrl. *tract. de sortileg. quæst. 3. num. 13. & q. 11. nu. 16. & 22. l. 2. & l. 5. C. de Malefic. &* Mathemat. [c] Conrad. Lag. *in Method. juris civil. part. 3. cap. 39. num. 3.* [d] Hyeron. Cardan. *in præmium libros Ptolomæi de astrorum judicijs.* Vbi hoc ostendit, non alios Mathematicos damnari, *in d. l. 2. & l. 5. C. de malefic. & Mathemat.* [e] *c. nec mirum 26. q. 5.*

Quæritur de Chyromanticis, qui per manus lineamenta divinant, an & 34

illi huic aggregandi sint divinatorum generi, nec ne? Id quod affirmandum putatur, si futura prædicant necessitativè; & certo modo, non etiam, si per regulas Physicas & Astrologicas inclinativè tantùm, quid futurum demonstrent.

Paul. Chyrland. *tract. de sortileg. q.* 3. *nu.* 14. *& q.* 11. *nu.* 16. Et quod Chyromantia generalem quandam præsumptionem de homine faciat, tradit Francisc. Casonus *de indicijs. tract.* 1. *cap.* 4. Et firmare Chyromantiam nonnullis videtur textus apud Iobum, *cap.* 37. *his verbis:* Qui in manu omnium hominum signat, ut noverint singuli opera sua. Ex quo textu ludæi asserunt, lineas manuum naturales esse, & non frustra positas. Ac juvare hanc ludæorum opinionem existimatur text. *Exod. cap.* 13. Verùm ab hoc sensu utrumque textum alienum esse haud incommodè alij ostendunt. Vide Me *de homicid. c.ap.* 4. *lib.* 1. *nu.* 28. *& in tractat. de tortur. cap.* 3. *fol. m.* 214. *nu.* 79. *& seqq.*

35 Hujus quoque farinæ divinatores illi censentur, qui thesauros alicubi in subterraneis locis reconditos, aliasvé opes abditas esse non sine sceleratis ac puniendis sacrificijs, aut alia qualibet arte legibus odiosa indicant ac quærunt.

Per l. unic. C. de Thesaur. lib. 10. & tradit. Paul. Chyrl. *in tractat. de sortileg. q.* 3. *num.* 12. *pag.* 108.

36 Prædictorum vatum omnium, & qui ipsorum prava arte utuntur, pœna alia definita est jure Canonico, alia civili jure. Canonico jure arbitraria esse horum pœna, & pro qualitate facti, personæ, conditionis, & delinquentis animo, modò leviùs, modò gravius, in eos animadvertendum videtur. [a] Aliquando enim 40. dierum, [b] quandoque totius anni, vel longior, [c] puta quinquennij [d] pœnitentia Reo imponitur. Interdum ei ab honore dignitatis suspenso, & suis beneficijs exuto, perpetua pœnitentia indicitur. [e] Quandoque ad carcerem condemnatur, aut si servus sit, verberibus castigatur. [f] Nonnunquam etiam ab Ecclesia per excommunicationem projicitur. [g] Sæpè etiam Anathema esse jubetur. [h] Et si hæresin sapiat divinatio illicita, hæreticorum in pœna in sortilegum & divinum hunc convertitur. [i]

[a] Paul. Chyrl. *tract. de sortileg. q.* 11. *nu.* 7. Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. jud. cent.* 4. *cas.* 388. *nu.* 1. [b] ut in C. 1. *tract. de sortileg.* Meno. h. *d. cas.* 388. *nu.* 6. [c] in casu *c.* 2. *extr. d. tit.* Menoch. *d. cas.* 388. *nu.* 8. [d] ut in *c. si quis divinationes, & c. non liceat* 26. *q.* 5. [e] ut in casu *c. si quis Episcopus* 26. *q.* 5. De quo etiam Bernard. Diaz. *in pract. crim. Canon. cap.* 101. [f] *c. contra Idolorum* 26. *q.* 5. Paul. Chyrl. *d. q.* 11. *nu.* 10. Roman. *Sing.* 660. Menoch. *d. cas.* 388. *nu.* 16. [g] *c. c. non oportet. c. aliquantes. c. si quis Clericorum. augurijs, & c. seq.* 26. *q.* 5. [h] *c. si quis ariolos, c. sortes quibus* 26. *q.* 5. [i] Paul. Chyrland. *d. q.* 11. *nu.* 1. *nu.* 6. *& q.* Menoch. *d. cas.* 388. *num.* 4.

37 Iure civili Aruspices, Augures, Arioli, Mathematici, Sortilegi, aliique hujusmodi vates, & qui consulunt, supplicio capitis feriuntur, gladio ultore prostrati.

l. nemo 5. *& l. ult. C. de Malefic. & Mathem.* Iul. Paul. *lib.* 5. *sent. tit.* 21. 5. *qui de salute* Paul. Chyrland. *d. tract. de sortil. q.* 11. *n.* 5. *& 7. usq. fin.* Menoch. *d. cas.* 388. *n.* 5. Nec immerito hi vates afficiuntur tam gravi pœna: quippe cum solius Dei sit futurorum præscientiam habere. *Esai.* 41. Vide tractatum meum *de omnis generis homicid. cap.* 4. *lib.* 1.

38 Et libri improbatæ lectionis, veluti Magici, & his similes, publicè comburendi sunt.

l. 4. 5.

l. 4. §. 1. ff. famil. erciscund. Iul. Paul. d. lib. 5. tit. 22. §. libros.

Non est hoc prætereundem, erroneam esse eorum opinionem, qui vo- 39
lunt, quòd Magistratus & Iudices etiam per sortilegia hominum delicta licitè inquirere possint.

d. c. 1. & 2. Extr. de sortileg. Franciſc. Cason. *de indic. tract.* 10. *cap.* 11. Prout est purgatio per aquam frigidam: de qua vide Dassel. *cons.* 20. Dn. D. Besold. *in dissert. tit. de præm. pœn. & legib. fol.* 132. ubi per quam elegantem discursum refert.

CLASS. IV. DISPUTATIO XI.

DE CRIMINE MAIESTATIS humanæ.

THESIS I.

DE crimine Majestatis æternæ, quod in ipsam religionem divinam committitur, & sacrilegium dicitur, proximè diſſeruimus: Diſpiciendum nunc de eo majestatis crimine, quod adversus temporalem [a] contrahitur majestatem, & sacrilegio proximum esse jura ajunt. [b]

[a] Temporalis majestas æternæ, id est, Dei majestati opponitur *in c. Gergentus, extr. de hæret. & in Auth. Cazaros, in fin. princ. C. de hæret. & Manich. & l. non distinguemus* 32. *§. sacerdotes, ibi, majestate Dei, ff. de recept. arbitr.* [b] *l.* 3. *in prin. ff. de leg. Iul.* Est autem Majestas reverenda quædam amplitudo, auctoritas, decus, Imperium, potestas, dignitas, salus & securitas personæ eminentioris, & sanctioris, Bodin. *lib.* 1. *de republ. cap.* 8. Gigas. *de crimin. læs. Maj. tit.* 1. *rubr.* 1. Ego. *in cod. tract. cap.* 1. *num.* 53. Paurmeister. *de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 7. Dn. Rümelin. *in exercitat. ad Aur. Bull. part.* 3. *disput.* 2. *thes.* 2. Bornitius *de Majest. Polit. c.* 1.

Est autem crimen majestatis temporalis, quo civis Romanus [a] contra 2
Imperatorem, vel populum Romanum, ejusve securitatem dolosè aliquid molitur. [b]

[a] *c. pastoralis, §. rursus,* ubi Canonistæ, *tit. de sentent. & re judicata Clement.* Ex quo loco Dd. communiter tradunt, quòd non nisi subditus crimen majestatis committere dicatur. Martin. Laudens. *tract. de crim. læsæ majest. quæst.* 34. Cephal. *consil.* 75. *nu.* 37. *&* 56. Hieron. Gigas. *de crim. læsæ majest. lib.* 1. *Rub. Qualiter & à quib. crimen læsæ majest. commit. q.* 3. 4. *&* 68. Iul. Clar. *lib.* 5. *sententt. §. læsæ majestatis crimen, nu.* 6. *&* 7. Gomez. *tom.* 3. *c.* 2. *nu.* 10. *Vers. unum tamen.* Tiber. Decian. *respon.* 18. *nu.* 320. *Vol.* 1. *& tract. crim. lib.* 7. *c.* 9. *num.* 12. *& c.* 8. *nu.* 5. Menoch. *cons.* 99. *nu.* 16. 17. 96. *& seq.* Vide Me. *de crimen. læs. Majest. cap.* 1. *num.* 14. 15. *&* 22. Sixtin. *de reg. lib. lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 29. Ita ut fœderatus populus in Imperatorem hoc crimen non committat. Vide *dict. tract. cap.* 1. *num.* 44. Bodin. *lib.* 1. *de republ. c.* 6.

Hinc quæritur [a] de exterarum nationum Regibus, Ducibus, Principi- 3
bus, an horum subditi, si quid contra ipsorum prosperitatem moliantur, crimen majestatis committant? Id quod affirmamus de his, qui eodem nobiscum Iustinianeo jure utuntur, & suum illum supremum magistratum pro Imperatore recognoscunt. [b]

[a] Vid. Tiber. Decian. *tract. criminal. lib.* 7. *c.* 4. *num.* 6. & Mynſ. *cent.* 5. *obſerv.* 41. qui post alios ostendunt, communi interpretum calculo receptam esse conclusionem affirmatam. [b] *arg. l. si mos*

l. famosi 7. §. hoc tamen, ibi, nisi tale fit delictum, quod vel ex scriptura vel ad exemplum legis sit vindicandum est, ff. de l. Iul. majestat. & §. sine scripto. vers. & non in eleganter. Inst. de jur. N. G. & C. Facit etiam huc, quod non solius populi Romani, sed & alterius populi majestas est, ut patet ex *l. non dubito. 7. §. 1. ibi, ut is populus alterius populi majest. suam comiter conservet. ff. de capt. & postlim. reversi.* Unde etiam Reges, Duces, Principes, superiorem non recognoscentes, in suis regnis & provincijs, idem sunt, quod Imperator in orbe Romano: quod in specie de Venetorum Duce affirmat Hieron. Gigas *tract. de crim. læsæ majestat. lib. 1. Rubric. 2. quotuplex sit majestas. nu. 15.* & generaliter Decian. *dict. lib. 7. cap. 4. nu. 6. & fin.*

4 Idem ergo & de Pontifice Romano, ejusque subditis dicendum videtur. *Per text. in c. solita. extr. de majoritat. & obedient.* Bocer. *in tract. de seditiosis, c. 6. nu. 17.* Gigas *d. tract. lib. 1. Rubr. 2. quotuplex sit majestas, nu. 2. & 3.* Iul. Clar. *lib. 5. sent. §. læsæ majestatis crimen, nu. 2.* & alij plures, quos refert & sequitur Tiberius Decian. *d. lib. 7. cap. 4. nu. 4.*

5 Quod autem Canonistæ [a] affirmant, Imperatorem quoq; Romanorum, si contra Papam insurgat, crimen læsæ majestatis committere, id fortè illis verisimile videri potest, qui idoneum in re sua, & propria causa testem esse credunt Pontificem Romanum. [b]

[a] Quos refert & sequitur Hier. Gigas. *tract. de crim. læsæ majest. lib. 1. Rub. qualiter & a quibus crimen læsæ majest. commit. q. 2.* & Tiber. Decian. *in tract. criminal. lib. 7. c. 8. num. 1.* [b] *propter c. solita. extr. de major. & obedient. c. cuncta per mundum 9. q. 3. c. super gentes regna, vel. de consuetud. in extrav. ag. communibus. c. 2. tit. de re judic. in 6. c. unic. tit. ne sede vacante, quid innovet, in extrav. ag. c. Venerabilem. extr. de elect.* Sed hisce locis vicissim objicimus, *l. deprecatio 9. ff. de l. Rhod. de jact.* & Henrici VII. Imper. Constit. Ad reprimendum *collat. 11. in extrav. ag.* Tum etiam autoritatem sacræ Scripturæ, *Luc. 22. vers. 36. & seq. 1. Petr. 2. vers. 13. & c. 5. vers. 3. & Roman. 13. vers. 1. & 2. Tit. vers. 1.* Tum denique placitum Nicolai Papæ *in c. cùm ad verum. dist. 96.* Vide Me *dict. tract. capit. 1. num. 30. & seq.*

6 Porrò crimen majestatis duplex est; Aut enim maledicto [a] committitur aut facto quodam contrahitur. [b]

[a] *l. unic. C. si quis Imp. maledix.* Cujac. *in parat. l. famosi 7. §. hoc tamen. vers. nec lubricum linguæ. ff. d. l. Iul. majest.* Iul. Paul. *lib. 5. sent. t. 29. in fine prim.* & ibid. Cujac. [b] *d. l. famosi 7. §. ult. ff. de l. Iul. majest. Iul. Paul. lib. 5. sent. t. 29.*

7 Maledicto si communium fuerit hoc crimen, ad scientiam vel Principis, si ejus majestatis, vel procerum Imperij, si universo populo Romano quis maledixerit, referendum id erit; ut ex persona delinquentis dicta pensari, & utrum pro temerariis aut exquiri debeant, censeri possit. Non enim semper hujusmodi maledictum pœnæ subjugatur, sed si ex levitate processerit, contemnendum: si ex insania, miserationi dignissimum: Si ab injuria, remittendum, id est, condonandum erit.

[a] *d. l. unic. C. si quis Imp. maledix. & d. l. famosi 7. §. hoc tamen, vers. nec lubricum linguæ. ff. de l. Iul. majest.* Sed vide Gigas. *d. tract. lib. 1. rubr. qualiter & a quibus crim. læsæ majest. commit. q. 40.* & Tiber. Decian. *d. lib. 7. c. 50.* Cravett. *cons. 6. lib. 1. nu. 4.*

8 Facto quod contrahitur majestatis crimen, similiter duplex est: unum perduellionis crimen appellatur; alterum generis nomen retinet, & majestatis crimen dicitur.

l. ult. ff. ad L. Iul. majest. l. donationes. 31. §. ult. ff. de don. i. v. l. cùm filius. 76. §. ult. ff. de legat. 2. §. interdum autem. 5. vers. per contrarium. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. l. Liberorum. 11. §. mentiuntur. 3. ff. de his qui notant. insum. l. de minore. 10. §. 1. ff. d. quæstion. l. decurionem. 16. C. eod. Tiber. Decian. *tract. criminal. lib. 7. c. 6. nu. 4.* Cujac. *ad Iul. Paul. d. lib. 5. sent. tit. 29.*

Hoio-

Hotoman. *ad §. publica autem judicia. Instit. de publ. judic.* & Ioh. Robert. *lib. 2. sent. jur. c.* 22. Vide Me *in tract. de regalib. cap. 3. nu.* 80.

PERDUELLIONIS CRIMEN vel propriè ejusmodi est, vel est quasi 9
perduellionis crimen. Perduellionis crimen ita propriè dictum, est, cùm quis hostili animo adversus ipsummet directò Imperatorem, vel Rempub. Romanam aliquid molitur.

d. l. ult. ff. de l. Iul. majest. Hier. Gigas *d. tract. de crim. læsæ majest. lib. 3. Rubr. de pluribus & variis quæstionibus, q.* 14. *nu.* 3. Ioh. Robert. *d. lib. 2. c.* 22. Decian. *d. lib. 7. cap. 6. nu.* 3. 4. *&* 20.

Hostili animo adversus Imperatorem aliquid moliri dicimus eum, qui 10
ipsiusmet Imperatoris saluti principaliter & rectâ insidiatur: [a] vel personæ ipsius periculum creando, vel de propria illius provincia aut parte quadam eum deturbando. [b]

[a] *per d. l. ult. ibi, hostili animo adversus Principem animatus, ff. de l. Iul. majest.* ubi molitio scelerata, quæ fit contra ipsum principem, & Rempublic. Romanam opponitur aliis causis omnibus legis Iuliæ majestatis. [b] Hostis enim & personæ & provinciæ hostis sui insidiatur.

Qui ergo se ab obedientia principis subtrahit, & illi se hostem parat, hoc 11
crimen committit.

Oldrad. *consil.* 43. *Quæritur. nu.* 8. *in fin.* Gigas *d. lib. 1. Rub. qualiter & à quibus, q.* 36. Tiber. Decian. *tract. criminal. lib. 7. c. 6. nu.* 26. *& c.* 33. *nu.* 1.

Committit item hoc crimen, qui adversus Imperatorem cum militibus, 12
vel privatis, vel barbaris inire, aut factionis juramentum suscipere, aut dare probatur.

d. l. quicquid §. in primc. C. ad l. Iul. majest.

Similiter in hoc crimen incidit, qui alicui ex Electoribus Imperij, Eccle- 13
siastico vel seculari. vitæ periculum comparare studet.

Aurea bulla Caroli IV. tit. Von der Bischoff Segen in gegenwertigkeit eines Keysers. Sic Clericus hoc crimen in Imperatorem committere potest. Ego *in tract. de regal. cap. 3. num.* 102. *& de crimin. Læs. Majest. c.* 1. *num.* 18. Gregor. *in Syntag. part. 3. lib. 55. cap. 2. num. 6. & cap.* 38. *nu.* 9.

Adversus Rempublicam hostili animo quid moliri dicimus eum, qui 14
ipsam rectâ & principaliter Romanæ Reipublicæ summam, id est, statum formamque Imperij Romani labefactare, aut evertere conatur; puta, ipsi Imperio Romano bellum movendo, aut hostis militem, acceptâ occasione, in Romanum Imperium ad vastandum & diripiendum illud ducendo.

d. l. 1. *§.* 1. *Vers. cujusve opera consilio, ibi, quaque quis contra Rempublicam arma ferat, junct. d. l. ult. ff. de leg. Iul. majest.* & patet ex Imp. Henric. VII. Constit. *Ad reprimendum, collat.* 11. *in extrav. Sæpe, junctâ l. eorum* 24. *& l. Mercatorum* 40. *ff. de pœn.* Hottoman. *in comment. Verb. jur. in Verb. perduelles* Tiber. Decian. *d. tract. crimin. lib. 7. c. 6. nu.* 4. 20. *&* 23. Arnold. ab Haerfolt. *in ad vers. de act. act.* 29. *ad 7. part. pand. nu.* 3.

Rebellio itaque conjuratio, & confœderatio, hostili animo contra Rem- 15
publ. facta, crimen perduellionis est.

d. Imp. Henr. VII. Constit. Ad reprimendum, Budæus. *ad l.* 3. *ff. de l. Iul. majest.* Tiber. Decian. *d. lib. 7. c. 6. nu.* 24.

Quasi perduellionis crimen est, cùm quis de nece vel consiliariorum, 16
senatorum, militumve Cæsaris cogitat.

l. quisquis 5. C. ad L. Iul. majest. & 11. qui sunt rebelles, verſ. tenere, ibi. contra nos, ſeu officiales noſtros, in ijs, quæ ad commiſſum eius officium pertinent, coll. 11. meæ exc. & agnat.

17 Idem ergo & de his, qui Romani Pontificis Cardinalibus inſidiatur, ſentiendum videtur.

c. Felicis. in princip. tit. de pœnis, in 6. Gigas *diſc. lib. 1. Rubr. Qualiter à quibus, quæſt. 1. nu. 4.* Decian. *diſc. lib. 7. c. 5. nu. 8.*

18 Neque refert, conſiliarij, aut milites Imperatoris apud Cæſaream majeſtatem in ejus aula ſint, nec ne: [a] ut nec ſi Cardinales adhæreant Pontificis lateri, vel alibi commorentur. [b]

[a] *per d. l. quisquis 5. in princ. ibi, vel cuiuslibet poſtremo, qui nobis militat, ut eum ibi. Nam & ipſi pars corporis noſtri ſint, Cod. ad L. Iul. majeſt.* & facit *l. 1. §. 1. verſ. cujus & opera, & conſilio, ff. hic.* Menoch. *d. conſil. 99. num. 78.* Diſs. gloſs. *in d. l. quisquis, in verb. nobis militis. &* ibi Cyn. & Salycet. *C. ad L. Iul. majeſt.* Laudenſis, *tract. de crimine læſæ majeſtatis, crimen num. 5. in fin.* Iul. Clar. *lib. 5. recept. ſentent. §. læſa Majeſtatis, num. 5.* Petrus Gregor. *in ſyntagm. lib. 35. c. 3. num. 5.* Boeckel. *de publ. juſtic. diſquiſ. 4. pag. mihi. 36.* Adde Me *in tract. de regalib. cap. 3. num. 104. & in tract. de crimin. Læſ. Majeſt. cap. 2. num. 182. & ſeqq.* [b] *per arg. c. audientiam. §. decernimus, & §. de cætero, extr. de cleric. non reſidentis.*

19 In quæſtionem autem vocatur, an & ille hoc in crimen veniat, qui privato odio, abſque reſpectu Imperatoris ejus conſiliarijs, ſenatoribus, aut militibus inſidias ponit? Nos affirmantium ſententiæ calculum addimus. Ut tamen quisquam adverſus Imperatorum majeſtatem rebellis dicatur, reſiſtendo officialibus Cæſaris, neceſſe eſt, ut in ijs, quæ ad commiſſum illis officium pertinent, eis rebellet. [b]

[a] *per text. generalem in d. l. quisquis 5. in princ. C. ad L. Iul. majeſt. & in dicta Aurea bulla Caroli IV. tit.* von der Bischoffe Stewr ꝛc. *& arg. d. l. 1. §. 1. verſ. cujus & opera, ff. h. t.* & tradit Iul. Clar. *d. §. læſa Majeſtatis crimen, n. 5.* Atque hanc ſententiam in puncto juris veriorem eſſe fatetur Tib. Decian. *d. lib. 7. c. 5. num. 4.* At diſſentiunt plenique Dd. quos referunt & ſequuntur Mynſing. Gravet. *conſil. 6. num. 79. Tom. 1.* Roland. a Valle, *conſil. 1. num. 32. Vol. 2.* Menoch. *conſil. 99. num. 9.* & VVeſemb. *conſil. 57. nu. 61.* [b] *d. l. Qui ſint rebelles, coll. 11. in exc. ſuas.*

20 Et eſt illud hic monendum, quod & ille perduellionis, vel quaſi perduellionis crimen committit, qui non ignorat quempiam adverſus ſalutem Imperatoris vel Electorum, vel Conſiliariorum, Senatorum, militumve Cæſaris quid doloſè moliri.

d. l. quisquis 5. §. pen. C. ad L. Iul. majeſt. l. Metrodorum 40. ff. de pœn. Vid. Gomez. *tom. 3. cap. 2. num. 8. verſ. Tertio limita.* Vivum *lib. 2. opin. opin. 246. &* Emanuel Soarez. *in theſaur. verbor. ſent. lit. M. n. 7. &* 8.

21 Nunc de crimine Majeſtatis, quod ita in ſpecie dicitur, Idq; eſt, cùm quis alia, quàm perduellionis, vel quaſi perduellionis cauſa Imperatorem vel populum Romanum ejusvé ſecuritatem violat.

arg. d. l. uls. ff. de L. Iul majeſtat.

22 Contra Imperatorem contrahit hoc ſpeciale majeſtatis crimen, qui injuſſu Imperatoris bellum gerit, delectum habet, exercitum comparat.

l. 3. §. eadem lege, ff. de L. Iul. majeſt. l. neminem 17. C. de re militari lib. 12. l. 3. in fine, C. de agent. in reb. lib. eod. l. unic. ubi gloſſ. C. ut armor. uſus inſcio Principe interdict. ſit c. qui culpantur. §. ordo autem 23. quæſt. 1.

Tum

Tum etiam ille, qui statuas aut imagines Imperatoris, jam consecratas, 23
non reprobatas conflat: non etiam, qui eas, vetustate corruptas, reficit; aut
lapide jactato incerto, fortuitò attingit. [b]

[a] *l. 4. in fin. & l. 5. in fin. & l. qui statuas 6. ff. de L. Iul. majest.* [b] *d. l. 5. dict. tit.*

Vt & ille, qui dolo malo Imperatoriam potestatem, & nomen vel insi- 24
gnia Cæsaris assumit.

per l. 3. in fin. ibi, quæ eo prætextu. ff. de L. Iul. majest. & ibi Bartol. *num. 1.* Oldrad. *consil. 93. vol. 6.* & post alios Decian. *d. lib. 7. c. 9. nu. 2. 4. & 12.*

Is item, qui vel injussu Imperatoris monetam cudit, vel monetam pro- 25
bam adulterat.

Per l. si quis 2. C. de falsi monet. Hieron. Gigas *d. lib. 1. Rub. qualiter & à quibus quæst. 62.* Decianus. *d. lib. 7. c. 23.* Est & illud hic notandum, quod Imperator jus cudendæ monetæ privato concedere non potest. *l. ult. C. d. t.* ubi rescriptum, quo conceditur privato facultas cudendi monetam, surreptitium præsumitur, proindeque non valet. Ut ibidem gloss. tenet, & Salyc. dicens, quod etiamsi Princeps hanc facultatem concederet privato ex certa scientia, non valeret concessio: Idem dicto loco scribit Bart. & Alex. in Addit. Bart. *in l. 1. Cod. de vet. num. pot. lib. 11.* & Hipol. *in l. Qui falsam 19. num. 67. ff. de leg. Cornel. de falsi.* & Tiber. Decian. *dict. lib. 7. cap. 24. num. 3.* Vide tractat. meum *de monet. capit. ultim.*

Non committit autem hoc crimen judex, qui contra Imperatoris con- 26
stitutionem pronunciat: [a] ut nec ille, qui inconsultò juravit, se fore semper
iratum suo servo, nec crimen ei perseverat irasci. [b]

[a] *l. 1. C. ad L. Iul. majest.* [b] *l. 2. C. d. t.*

Cæterùm hoc speciale majestatis crimen adversus populum Romanum 27
committit, qui pro parte aliqua Rempublicam Romanam lædit: [a] Id quod
dupliciter accidere solet: Aut enim quis dolo malo curat ab alio adversus
populum Romanum quid fieri: [b] Aut quis ipsemet suo proprio facto po-
pulum Romanum offendit. [c]

[a] Hotom. *in commentar. Verbor. jur. in Verbo, perduelles.* Decian. *d. lib. 7. nu. 4. &* Arnold. ab Hiertsolt. *in ad Vers. de action. act. 29. ad 7. part. pand. nu. 3.* [b] *l. 1. §. 1. l. 3. in fin. ibi, quæve quid eorum, quæ supra scripta sunt, facere cur. deve sit, l. 4. in princ. Vers. item qui confessum, & l. pen. ff. d. tit.*

Prioris generis est ille, cujus opera dolo malo consilium initum erit, quò
obsides injussu Principis intercidérent: quò armati homines cum telis la-
pidibúsve in urbe sint, & conveniant adversus Remp. vel loca occupentur,
vel templa: quò item cœtus conventúsve fiant, hominésve ad seditionem
convocentur: quò quis Magistratus populi Romani, quive Imperium po-
testatémve habet, occidatur: quò aliquis contra Remp. arma ferat: quò ho-
stes populi Romani adversus Rempublicam juventur: quò seditio tumul-
túsve adversus Rempublicam fiat.

d. l. 5. §. 1. ff. d. tit. Mynsing. *resp. 44. num. 2. Decad. 3.*

Est item prioris generis ille, cujus dolo malo jurejurando quis adactus 29
est, quò adversus Rempublicam faciat: cujusve dolo malo exercitus populi
Romani in insidias deductus, hostibusque proditus erit: cujus item dolo
malo factum dicitur, quò minùs hostes in potestatem populi Romani ve-

niant: cujúsve opera dolo malo hostes populi Romani commeatu, armis, telis, equis, pecunia, aliáve qua re adjuti erunt: utve ex amicis hostes populi Romani fiant: cujúsve dolo malo factum erit, quò Rex exteræ nationis populo Romano minus obtemperet: cujus item operâ dolo malo factum erit, quò magis obsides, pecunia, jumenta, hostibus populi Romani dentur adversus Rempublicam.

d. l. 4. in princ. ff. h. tit.

30 Posterioris generis est ille, qui de provincia, cùm ei successum esset, non discessit: aut qui Imperium exercitúmve populi Romani deservit, [a] vel ad hostes perfugit: quive sciens falsum conscripsit, vel recitaverit in tabulis publicis: [b] vel hostem fugientem sciens suscepit, aut occultari eum diu dissimulavit. [c]

[a] *l. 2. l. 3. ff. eod. tit.* [b] *dict. l. 2. & l. 3. vers. qui ve cum ei* 10. *ff. h. tit.* [c] *l. Metrodorum* 40. *ff. de pœnis.*

31 Hujus quoque generis est, qui privatus pro potestate, magistratúve, quid sciens dolo malo gesserit: [a] Item, qui confessum in judicio reum, & propter hoc in vincula conjectum, emiserit: [b] Et cujus ope, dolo malo provincia, vel civitas hosti prodita est: [c] Quique hostibus populi Romani nuncium literásve miserit, signúmve dederit, quò ipsi hostes adversus Rempublicam juventur. [d]

[a] *dict. l. 3. vers. qui ve privatus ff. h. tit.* Quam sententiam cum Dd. interpretamur de eo, qui cum privatus est, sibi magistratum vel merum Imperium adscribit, idque in delinquentes conjiciendo eos in carcerem, & condemnando exercet. Vide Decian. *dict. lib. 7. cap. 9. num. 5. & segq.* De privato carcere disserit idem Decian. *cap. 10. &* Gigas *dict. Rubr. Qualiter & a quibus, quæst.* 35. Dominus Fruter. *lib. 2. de Mandat. cap. 42. num. 1.* interpretatur hanc sententiam de eo etiam, qui injussu Imperatoris vectigalia instituit nova. [b] *dict. l 4. in fine princ. ff. eod. tit.* [c] *l. penult. ff. h. tit.* Mynsinger. *Responsi. 44. num. 4. Decad. 5.* [d] *dict. l. 1. vers. qui ve hostibus ff. eod. tit.*

32 Quæritur de Ducibus, Marchionibus, alijsque Imperij Romani Principibus, qui Electores non sunt, neque consiliarij, Senatores, aut milites Cæsaris, an adversus hos etiam crimen majestatis committatur? Nos affirmantium [a] sententiæ adhæremus, in casu, quo quis ipsorum vitæ insidiatur. [b]

[a] Quos citant & sequuntur Gigas. *dict. Tractat. de crimin. læs. majest. Rubric. Qualiter & a quibus, quæst.* 29. Iul. Clar. *dict. lib. 5. sentent. §. læsæ majestatis crimen, num. 3.* & Tiber. Decian. *lib. 7. cap. 4. num. 8.* Dissentit post alios Mynsinger. *dict. Respons. 44. num. 12. decad. 5.* Vide quoque Decian. *consil. 410. col. penult.* Anton. Peregr. *de jure fisci, lib. 4. cap. 5. num. 24.* Dn. D. Besold. *part. 2. delibat. ex lib. 48. ff. quæst. 11. & lib. 1. Politic. cap. 2. num. 25.* Roland. à Valle *cons. 88. num. 41. vol. 2. & cons. 74. num. 3. & 5. vol. 3.* Cravett. *cons. 224. num. 6.* Sixtin. *in tract. de regal. lib. 2. cap. 10. num. 14.* Me *in tract. de regalib. cap. 3. num. 103. & de crim. Læs. Majest. cap. 2. num. 91. & segq.* Schrader. *in tract. Feud. part. 3. sect. 1. num. 35.* & Wesembec. *in parat. ff. hoc tit. num. 7.* [b] pertext. *in d. l. 1. §. 1. vers. cujus ve opera consilio* 18. *h. tit.* ubi disponitur, eum quoque in crimen majestatis incurrere, cujus dolo malo consilium initum est, quo quis magistratus populi Romani, quive Imperium, potestatemve habet, occidatur. Sed præcipui Principes, sunt populi Romani magistratus; quippe cum sint loco Præsidum & Procon-

Proconsulum provinciarum, qui erant magistratus populi Romani, ut ostendit Hotoman *in commentar. Verb. juris in Verb. Magistratus.* Et sequitur Menoch. *cons. 99. nu. 80.* Communeque est, quòd hi Principes Imperium & potestatem habeant. Facit etiam *hue l. Quisquis 5. in princ. ad Leg. Iul. majestat.*

Quæritur item de eo, qui patriam suam oppugnat, vel prodit; an & hic majestatis crimen committat? Nos ajentem sententiam probamus. 33

Per dict. *l. penult. ff. h. t. l. minimè. 35. ff de religiosis & sumpt. funer.* Sed obstare videtur *l. ult. ibi, ut in violata majestate, aut patria oppugnata, Cod. de Abolit.* vide Gigant. *dict. Rubr. Qualiter & a quibus, quæst. 24.* Augustin. Ariminens. ad Angel. *in tractat. de maleficiis, in verb. & has tradito la tua patria, num. 5.*

Non est hoc loco omittendum, quod majestatis crimen committitur non tantùm opere ipso & effectu, sed & solo exteriori conatu, non tamen nuda & interiori voluntate. 34

d. l. Quisquis 5. in princ. C. ad L. Iul. majest. l. famosi. 7. §. fin. ff. ad L. Iul. Majest. & Constitut. Caroli IV. in Aurea bulla, tit. Von der Ertzbischoffe Segen in gegenwertigkeit eines Keysers. vide Hieron. Gigant. *dict. tract. de crimine læsæ majestat. Rubr. Qualiter & a quibus quæst. 66. qui differit.* Vide quoque Didac. Covar. *ad c. si furiosus, 2. de homicid. in Clement. part. 2. relectionis, in princ. nu. 5. 6. 7.* Iul. Clar. *lib. 5. sentent. 5. læsæ majest. crimen, nu. 15.* Cyrill. Fulgeonium *in summa criminali Rubr. de officio Præsidis, §. 9. num. 9. pag. 17. col. 1. &* Tiber. Decian. *tract. criminali, lib. 7. cap. 35.* Bockel. *in disquis. de public. judic. disquis. 4. pag. m. 55.* Althus. *lib. 3. dicæolog. cap. 131. num. 28.* Arnisæus. *de jurisd. Majestat. cap. 6. nu. 6.* Menoch. *lib. 2. de arb. judic. quæst. cent. 4. cas. 377. num. 14.* Ego *in tract. de regal. cap. 3. num. 79. & 87. & de rem. l. 1. cap. 2. nu. 3, & cap. 3. nu. 1. & seqq.*

De pœna hujus criminis dehinc videbimus. Ea autem ex maledicto, si id pœnam mereri videatur arbitraria est: [a] Ex facto verò legitima. Estque vel communis plerunque cum perduellionis crimine, & crimine majestatis ita in specie dicto; vel est propria perduellionis, & quasi perduellionis: vel propria tantùm perduellionis. [b] 35

[a] *l. unic. C. si quis Imperatori male dixerit.* [b] *l. ult. ff. ad Leg. Iul. majest.*

Communis illa pœna triplex est; una corporis, altera bonorum, tertia infamiæ. 36

§. publica autem judicia, Instit. de public. judic. l. quisquis 5. C. ad L. Iul. majestat. De infamia est *text. in dict. l. quisquis 5. §. Filij, Cod. ad Leg. Iul. majest. & l. eorum, qui 24. ff. de pœnis.*

Corporis pœna est vel ultimum supplicium, [a] vel deportatio, vel relegatio. [b] 37

[a] *d. §. publica autem judicia, Instit. de public. judic. & d. l. Quisquis 5. C. ad Leg. Iul. majest.* [b] *d. l. eorum qui 24. & l. Metrodorum 40. ff. de pœnis.*

Vltimum illud supplicium jure Iustinianeo est gladii pœna, quæ convertitur in quosvis hujus criminis reos, [a] nisi in casibus, quibus vel deportationis, vel relegationis pœna locum habet. [b] 38

[a] *d. §. publica autem judicia. Instit. de public. judic. & dict. l. quisquis 5. fin. principij, ibi utpote Majestatis Reus gladio feriatur. C. ad L. Iul. Majest. Constitut. Caroli IV. in aur. Bulla tit.* Von dem Ertzbischofflichen Segen in gegenwertigkeit eines Keysers, &c. Anton. Capicius *decis. 130. num. 18. 19. &* 20. Hieron. Gigas *in tract. de crim. Læs. Majestat. rubr. de pœn. committ. crimen. Læs. Majest. quæst. 1. nu. 6.* Gomez. *Var. resol. tom. 3. cap. 2. num. 11.* Iacob. Menoch. *dict. gl. 99. nu. 60.* Wesenb. *in par. ff. hoc tit. nu. 7.* [b] In toto enim jure generi per speciem derogatur. *l. in toto. 8. ff. de regul. jur.*

39 De consuetudine verò solent rei hujus criminis in quatuor frusta scindi & adpendi in locis eminentibus illius territorii, de quo quærunt,

Iul. Clarus *d. §. laesa* [illegible] Iodoc. Damhaud. *in praxi criminal. cap. 62. nu. 6.* vide Me *de crimin. laes. Majest. cap. 3. num. 9. & seqq. & de regal. cap. 3. num. 88.* Boeckelius *de public. judic. disquis. 4. pag. m. 141. & seqq.*

40 Sed quia in milites exercitui batur pœna [a] in proditores sint & transfugæ ad bestias vel ad furcam damnantur. [b]

[a] *l. famosi. 7. §. final. ff. ad L. Iul. Majest. l. quoniam. 14. ff. de pœn.* [b] *l. 3. §. si quis ad hostem. l. omne. 6. §. explorantes. & l. proditores. 7. ff. de re milit.*

41 Quin imò transfuga omnis à non ederit, ut & patriæ hostis, ubicunq; inventus fuerit, in [illegible] à quovis posset.

l. 3. §. final. ff. ad L. Cornel. l. si ex. l. minime. 39. ff. de relig. & sumpt. funer. Tiberius Decian. *dict. lib. 7. cap. 36. nu. 5. & seqq.*

42 ¶ Deportationis pœna afficitur reus Majestatis si hostem fugientem sciens susceperit.

l. Metrodorum. 40. juncta l. eorum. 24. ff. de pœnis.

43 Relegatio in eum convertitur Majestatis reum, qui hostem occultari, non ignorans diu dissimulavit.

d. l. Metrodorum 40. juncta l. eorum. 24. ff. de pœn.

44 Quod attinet pœnam bonorum, Reus criminis hujus substantia sua omni mulctatur, eaque fisco infertur, sive ultimo supplicio sive deportationis pœna afficiatur, [a] si tamen ejus liberi existant, tunc illis in casu criminis Majestatis in specie dicti bona ipsius conservantur. [b]

[a] *l. 1. C. de bon. libenor. l. 1. C. de petit. bonor. subl. lib. 10. & l. 3. ff. de interdict. & relegat.* Iacob Menoch. *cons. 99. num. 60.* [b] *l. eorum qui. 9. ff. de L. Iul. Majest.* Dilectus Menoch. *dict. quæst. 99. num. 65.*

45 Sed acris inter DD. contentio est, an Rei hujus criminis ipso jure bonis priventur, nec ne? Nos sentimus post contractum hoc crimen, sive perduellionis, sive aliud majestatis crimen sit, non quidé statim desinere reum Majestatis dominium esse bonorum suorum: [a] Attamen eorum alienatione ex conjectis interdictum esse, [b] at horum possessionem antequam Reus condemnatus fuerit, fisco non inferri. [c]

[a] *l. quæsitum. 15. in princ. ff. qui & à quib. manumiss.* De hac quæstione vide Gigantem *rubr. de pœn. committ. crim. læs. Majest. & rubr. quemod. & per quos crimen læsæ Majest. prætetur. quæst. 25.* Iul. Clarum *lib. 5. sententi. §. læsæ Majestatis crimen. nu. 9.* Anton. Gomez. *tom. 3. commentar. cap. 2. nu. 11.* Tyber. Decian. *tract. criminal. lib. 7. cap. 40. num. 6.* Tract. incerti Authoris *de crimen læsæ Majest. quæst. 1. qui tract. est sub volumine tractatuum criminalium.* Oper. Ioh. Baptistæ Ziletti edito. [b] *l. post contractum 15. l. donationes inter vir. & uxor. 31. §. fin. ff. de donat. l. ex judicatorum. 20. ff. de accusat. l. unic. eadem 45. in prin. ff. de jur. fisci. l. quisquis. 5. §. emancipationes. & l. fin. Serv. sic & Divi Severus. C. ad L. Iul. Majest. rit. qui sunt rebelles. coll. 11. in extrav. quamvis.* [c] *l. res quæ 22. in princ. ff. de jur. fisci.* Peregrin. *de jur. fisci. art. 1. nu. 171.* Gramm. *dec. 105. nu. 12.* Gail. *de pac. public. lib. 2. cap. 2. num. 5.* Struv. *de regal. lib. 2. cap. 20. nu. 39. & seqq.* Fachin. *lib. 9. contro. 35.* Mev. *ad Ius. comm. læs. Maj. ff. cap. 3. nu. 22. & seqq. & in tract. de regal. cap. 3. nu. 12. & seqq.* Amilius *de jur. Majest. lib. 3. cap. 6. nu. 15. & seqq.*

46 Tertia pœna communis utriq; speciei criminis hujus est, ut dixi, infamia, Non solum enim Reus ob hoc crimen deportatus vel relegatus hanc infamiæ

infamiæ incurrit pœnam [a]. Sed & si perduellionis vel quasi perduellionis fuerit damnatus, filij ejus ut & illi, qui pro eo intervenire tentaverint, infames & notabiles esse jubentur.

[a] *l. eorum qui.24. & l. capitalium 28. §. 1. ff. de pœn. & l. infamem. 7. ff. de public. judic.* [b] *l. quisquis. 5. §. 1. & 2. C. ad L. Iul. Majestat.* Aurea Bulla *tit.* Von der Ertzbischofflicher Segen/ in gegenwertigkeit eines Keysers.

Sequitur de pœna perduellionis vel quasi perduellionis propria, quæ duplex est: *Una*, quod etiam liberis Rei hujus criminis bona paterna adferuntur: *Altera*, quod filii neque in maternam, neque in avitam, neque in aliorum propinquorum hæreditatem succedunt, neque ex Testamentis extraneorum quicquam capiunt. 47

d. l. quisquis. 5. C. ad L. Iul. Majestat. Novell. 134. cap. ult. & auth. bona damnatorum in fin. C. de bon. proscript. Aurea Bulla Carol. IV. *tit.* Von der Bischofflicher Segen/ in gegenwertigkeit eines Keysers.

Ad filias tamen quotquot numero fuerint, Falcidia ex bonis matris, sive testata, sive intestata decesserit pervenire jubetur. 48

dict. leg. quisquis 5. §. ad filias. C. d. tit. Aur. Bulla *dict. tit.* von der Bischoffliche Segen/ &c.

Vxori item Rei dotem suam recipit. donationis verò titulo, si quid à viro hac lege, ut liberis reservetur, accepit, id omne, tempore, quo usufructus absumitur, filio infertur, ex quo tamen filiabus Falcidia relinquitur. 49

Per text. ad thes. precedentem adscriptos.

Pœna perduellionis tantùm propria est, quod Rei hujus criminis memoria, etiam post ejus mortem damnatur. 50

l. ult. ff. hoc tit. l. 6. 7. & fin. C. eod. tit. l. donationes. 31. §. final. ff. de donat. l. cum filius. 76. §. fin. ff. d. legat. 2. §. interdum autem. Vers. per contrarium. Inst. d. hæred. quæ ab intest. defer. Aur. Bulla Caroli IV. *tit.* Von der Ertzbischofflicher Segen/ in gegenwertigkeit eines Keysers.

Ad hanc pœnam accedit illa quod damnatur ex hac perduellionis causa non lugetur, [a] nec ejus filij jus sepulchrorum habent. [b] 51

[a] *l. liberorum 11. §. non solent. ff. de his qui notant. infam.* [b] *l. 1. §. interdum. ff. de suis & legitim.*

Non est hoc loco ignorandum, quod ad rei hujus criminis accusationem admittantur etiam famosi, item milites, [a] & fœminæ, [b] quin etiam servi deferentes suos dominos, & liberti patronos suos accusantes audiuntur. [c] 52

[a] *l. famosi. 7. in princ. & §. 1. ff. h. tit.* [b] *l. in quæstionibus 8. ff. eod.* [c] *l. famosi 7. §. servi quoque. ff. dict. tit.*

Qui autem accusant, si reos perduellionis non convicerint manifestis indiciis, & hi quorum consilio accusationem instituerunt, [a] ut & Testes [b] non minus quam ipsimet rei torquentur, cujuscunque ætatis vel conditionis vel dignitatis fuerint. 53

[a] *l. 3. & l. 4. C. ad L. Iul. Majestat. l. Decuriones. 16. Cod. de quæstionib.* [b] *l. de minore. 10. §. 1. ff. dict. tit.*

CLASS.

CLASS. IV. DISPUTATIO XII.

DE ADULTERIO, STUPRO, INcestu, Lenocinio, Sodomia & Raptu.

THESIS I.

SEquitur ut de Adulterio, stupro, incestu, Lenocinio, Sodomia, & Raptu dispiciamus: Adulterium est crimen publicum [a] concubitu cum adulterius conjuge commissum, [b] Ita dictum, quod sit ad alterius thorum accessus. [c]

[a] *l. quamvis.* 30. *in princ. C. ad L. Iul. de adulter. l.* 1. *ff. de public. judic. §. item Lex Iulia. junctо §. precedenti. Instit. dict. tit.* [b] Alii aliter definiunt, nobis hæc definitio placet contexta *ex l. inter stuprum.* 101. *in prin. & l. fugitivus.* 225. *Verſ. num & furem. ff. de Verb. ſignif. l. inter.* 6. *§. lex ſtuprum.* 1. *& l. ſtuprum.* 34. *ff. ad L. Iul. d. adulter. d. §. item lex Iulia de adulteriis. Inſtit. de public. judic.* Quidam definiunt adulterium quod ſit alterius thori violatio. Verum male; Tum quia & cæde conjugis Violatur thorus alienus. Tum quia mulier ſoluta concumbens cum alicujus marito, non committit jure civili adulterium. [c] *argumento d. l. inter* 6. *§.* 1. *ibi, propter partum ex altero conceptum, compoſito nomine. ff. ad L. Iul. de adulter.* Iohann. Gœdd. *ad dict. l. inter ſtuprum* 101. *in princ. numer.* 8. *ff. de Verbor. ſignifie. c. lex illa. §. adulterium.* 35. *quæſt.* 1.

2 In adulterio ſpectamus tum modum, quo crimen illud committitur, tum accuſationem Rei hujus criminis; tum etiam ſceleris hujus probationem: Tum denique pœnam, quæ in Reum hujus facinoris convertitur.

3 Modus committendi adulterium in duplici eſt differentia; aut enim eo continetur facto, quo propriè adulterium committitur: Aut in ejuſmodi conſiſtit facto, quod proprie quidem adulterium non eſt, pro adulterio tamen habetur [a], & quaſi adulterium dicitur. [b]

[a] *l. auxilium.* 37. *§.* 1 *Verſ. dixi, ibi qua pro adulterio. ff. de minorib.* [b] *l. ſi quis adulterium.* 33. *§. finali. ibi. quaſi adultera teneatur. ff. ad L. Iul. d. adulter.*

4 Factum, quo propriè adulterium committitur, eſt, cum mas aliquis pubes cum fœmina pubere, [a] conjuge aliena [b] concumbit: quorum ille adulter hæc adultera appellatur. [c]

[a] *l. ſi uxor.* 13. *§. ſi minor duodecim. ff. ad L. Iul. d. adulter.* [b] per fundamenta *theſ.* 3. *lit. B. hujus diſputat.* ad ſcripta. Iure Canonico committitur etiam adulterium a marito cum muliere ſolum, *Can. nemo.* 32. *quæſt.* 4. *Can. non mœchaberis. Can. præcepit. & ſeqq.* 32. *quæſt.* 5. *Can. ſi adulteri, & ſeqq.* 32. *quæſt.* 6. Iulius Clarus. *in §. adulterium. num.* 2. Richard. *conſ.* 10. *n.* 4. *& ſeqq.* Gœdd. *in l. inter ſtuprum.* 101. *in princ. nu.* 10. *circ. fin. ff. de Verb. ſignif.* vide Chemnit. *part.* 2. *loc. commun. pag.* 204. Heig. *part.* 2. *quæſt.* 29. *nu.* 6. *& ſeq.* Iacob Menoch. *lib.* 2. *d. arbitr. judic. quæſt. caſ.* 420. *nu.* 105. *& ſeqq. & conſil.* 249. *lib.* 3. Baſil. Monnes. *de matrimonio. part.* 5. *nu.* 2. [c] *l. ſi maritus.* 15. *§.* 5. *finali. & l. denunciaſſe.* 17. *§. quæritur. 6. ff. dict. tit.*

5 Sed quod de conjuge aliena dicimus, an exaudiendum quoque ſit de ſponſa aliena in dubium vocatur? Nos aſſirmantium partes ſequimur, [a] etiamſi non de præſenti, [b] ſed de futuro ſponſa fuerit. [c]

[a] *per l. propter.* 7. *C. ad L. Iul. d. adulter. l. miles.* 11. *§. quærebatur.* 7. *& l. ſi uxor.* 13. *§.* Divi Severus & Antoninus. 3. *ff. dict. tit.* Cujac. *lib.* 6. *obſerv. cap.* 16. *& lib.* 20. *obſerv. cap.* 16. *& in lib.* 2.

l. b. 2. Papin. de adulter. pag. 680. *& seq.* vide etiam Anton. Fabrum *lib.* 3. *conjectur. cap.* 6. [b] Quidam distinguunt inter sponsam de præsenti, & sponsam de futuro, cum illa non etiam cum hac adulterium committi aiunt. Didac. Covarr. *in Epitom. ad lib.* 4. *Decretal. cap.* 1. *nu.* 8. & Iul. Clar. *lib.* 5. *sentent. §. adulterium. nu.* 8. [c] *d. l. si uxor.* 13. *§. Divi Severus* 3. *ibi, nec spem matrimonij. ff. ad L. Iul. d. adulter. junct. l.* 1. *ff. d. sponsalib.*

Quæritur de aliena conjuge, meretrice adhuc vulgari, an cum hac quoque adulterium committatur? Negotium voto accedere non dubitamus, [a] non autem si illa meretricios mores prius exuerit, idem sentimus. [b] 6

[a] *per text. in l. si ea, quæ stupro.* 22. *C. ad L. Iul. d. adulter.* Emanuel Soarez. *in thesaur. precept. sentent. lit. M. nu.* 139. Dissentit Iohan. Vaud. *lib.* 2. *Variar. quæst. quæst.* 21. [b] *l. si uxor.* 13. *§. sed & in ea uxore.* 2. *ff. dict. tit.* vide Anton. Capitium *decis.* 44. *nu.* 4. *&* 5. Iul. Clar. *lib.* 5. *recept. sentent. §. adulterium. num.* 3.

De injusta alicujus uxore quis non immeritò dubitare posset? Nos cum hac quoque adulterium committi affirmamus. 7

per text. in l. si uxor. 13. *§.* 1. ubi Bartol. *num.* 3. *ff. ad L. Iul. de adulter.* Sed obstare videtur. *d. l. si uxor.* 13. *§. sed etsi ex sit mulier.* 4. *ff. d. tit.* vide Cujac. *lib.* 6. *observ. cap.* 18.

Quod si maritus cum cœlibe fœmina concumbat adulterium non committitur. 8

Per text. *thes.* 1. *sub lit. B.* appositos, Atque hæc communis est sententia Iul. Clar. *lib.* 5. *sentent.* 8. *adulterium. num.* 2. Dissentit Iacob. Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. quæst. cas.* 402. *num.* 107. 108. *& seqq.*

Vnde nec jure Iustinianeo committit adulterium maritus, qui cum alia muliere soluta nuptias, vel sponsalia contrahit, viva adhuc priore conjuge, [a] At jure Carolino, [b] itemq; Canonico jure, [c] hic maritus eo facto se adulterio quoque polluit. 9

[a] per eadem fundamenta *thesi* 1. apposita, *sub lit. B. & per text. in l. cum quis.* 18. *C. ad L. Iul. d. adulr.* Et ita sentit Angel. *in tract. de malefic. in verb. che me has adulterato la mia donna. nu.* 66. *& ibi* Augustin. Ariminensis *in addition. b.* Item Wesenb. *in parat. ad L. Iul. d. adulr. nu.* 8. At dissentit Ludov. Roman. *singul.* 537. [b] Peinliche Halßgerichtsordnung Keyser Carls deß V. *artic.* 121. [c] *c. gaudemus.* 8. *§. quia vero. extr. de divort. c. cum haberet.* 5. *extr. de eo qui duxit in matrimon. quam pollut. per adult.* Augustin. Ariminens. *ad Angel. dict. loc.* vide quoque fundamenta *ad thes.* 4. *sub lit. B. hujus disputat.*

Sequitur de facto quod pro adulterio habetur, & quasi adulterium dicitur; Ejusmodi factum est si quis adulterii damnatam sciens uxorem ducat, [a] vel in adulterio deprehensam uxorem suam non dimittat, [b] aut quæstum de adulterio uxoris suæ faciat, [c] vel si quis pretium pro comperto adulterio accipiat, [d] tum etiam si uxor ex adulterio viri precium capiat, [e] Si quis item domum suam crimini adulterii committendo præbeat, [f] aut ope consilio faciat, ut vir fœminave in adulterio deprehensa pecuniâ aliave qua pactione se redimat, [g] vel tutor pupillam suam vel Curator adultam intra vicesimum nonum annum ducat uxorem, non desponsatam à patre, vel destinatam in testamento, [h] vel concubina quæ nomen alicujus matronæ gerit, pudorem suum alienis libidinibus prosternat. [i] 10

[a] *l. marito.* 29. *§.* 1. *ff. ad L. Iul. de adulter. l. auxilium.* 37. *§.* 1. *versic. dixi, nec si quid. ff. de mi-*

ff. de minorib. [b] *d.l.auxilium.37. §.1. ff. dict. tit. l.2. §.2. l.miles 11. §. final. l.si quis.33. §.1. ff. ad L.Iul.de adult.l.crimen lenocinij.2.l.castitati.9.l. sine metu.17. C.dict.tit.* Patronus est turpitudinis, qui celat crimen uxoris. *C.an.1.32. quæst.1.* [c] *d.l.marito.29. §.qui quæstum.3. ff.eod. tit. d.l.auxilium.37.§.1. Vers.dixi. ff. de minorib.* [d] *d.l.auxilium.37. §.1. ff. dict.tit.l.2. §.lenocinij. 2. dict. l. marito. 29. §. plectitur.2. ff. ad l. Iul. de adulter.l.de crimine.10. C.eod. tit.* [e] *l.si quis adulterium.33. §.1. ff.d.tit.* [f] *d.l.auxilium.37. §.1.Vers.dixi. ff.de minorib.l.qui domum.3.l. esto amici.9. & l. seq ff.ad L.Iul.d. adulter.* [g] *l.in cujus ope.14. in princ. ff.dict.tit.* Obstare videtur *l.mariti.20. §.plectitur.2. Vers. ultim. ff.eod.tit.* [h] *l.qui pupillam.7. ff.dict. tit.* vide Balduin. *in Instit. pag.338.* [i] *d.l.si uxor.13. in princ. ff.ad L.Iul. d. adulter.*

11 Accusationem adulteri adulteræve quod attinet, circa eam triplex inspectio occurrit; Vna eorum qui accusant; altera quo loco & ordine quâque forma accusatio isthæc sit instituenda; tertia de tempore intra quod absq; metu exceptionis hæc fieri accusatio possit.

12 Accusationem hanc factitare quidem potest quilibet de populo, [a] annis XXV. major [b] masculus, [c] verùm extraneis præfertur maritus, pater, socer, frater, patruus, avunculus adulteræ, & quidem maritus & post eum pater aliis omnibus regulariter anteponitur, [d] Et quamvis jure Iustinianeo Vxor virum suum de adulterio accusare non possit, [e] attamen hæc potestas ei constitutione Carolinâ tribuitur. [f]

[a] *l. palam. 42. §. senatus censuit.10. ff. de rit. nupt. & §.1. Instit. d. publ. judic. l. quamvis adulterij. 30. Cod. ad L. Iul. de adulter. l. si maritus. 4. §. 1. ff. eodem tit.* [b] *l. si maritus 15. §. lex Iulia 6.* ubi Bartol. *ff. dict. tit.* De socero *est text. in l. miles. 11. §. socer. 3. ff. eod. titul.* [c] *l. 1. Cod. hoc tit. l. quamvis.30. C. dict. tit.l.2. §. penult. & ult.l.nisi ignetur. 3. l. 4.* [d] *l. si maritus.15. §. si negaverint.5. l.constante.26. §.1. ff.eod.tit.* [e] *d.l.1. C.h.tit.* [f] in der Peinlichen Halßgerichts Ordnung/ *artic.120.*

13 Et sicuti maritus jure mariti, pater jure patris, intra certum tempus, de quo postea, sic cæteri omnes jure extranei accusare dicuntur.

l.2. §.1. l.inter.6. §. ult.l. si uxor 13. in prin.l. si maritus.15. §. lex Iulia 6.l.15. cujus ope 14. §. ult. junct.l.2. §.ult. & l.4. §. extraneis 1. ff.h.t.

14 Maritus autem non solum major, sed & minor 25. annis, [a] etiamsi filiusfamil. sit, [b] vel jure mariti, vel extranei jure matrimonium suum vindicare potest.

[a] *l. si maritus 15. §. lex Iulia 6 ff.h.t.* [b] *l.inter 6. §. filiusfam. 2. ff.eod.tit.*

15 Est & illud notandum; quod extra maritum durante matrimonio accusare adulteram, vel adulterum nemo potest.

l.miles 11. §. Volenti mihi 10. & l. constante 26. ff. h.t. Novell.117. cap.8. & Auth. sed novo jure, C. h.tit.

16 Cæterum eo in loco institui hæc accusatio debet, quod admissum est hoc crimen.

l. si dum 14. & l. seq. junct. Auth. si vero criminis C. ad leg. Iul. de adult.

17 Ordo, quo isthæc fieri accusatio debet, hic est, quod prius adulter peragi debet; quo convicto & damnato, ad mulieris nuptæ accusationem devenitur: non possunt ambo simul ab eodem deferri.

l.2. in

l.2. in princ. & l. nuptam. 5. l. miles 11. *5. licet ei.* 11. *l. si maritus* 15. *5. ult. ff. hoc tit. l. rem* 18
adulterij, 8. *C. eodem.*

Quod si tamen adultera in viduitate sit, [a] aut nupserit quidem alicui, sed maritus ei prius denunciaverit, ne nuberet, vel se adulterii acturum, ab ipsa etiam adultera accusator incipere potest. [b] Potest item unus adulterum, alter adulteram accusare, dum, si ante denunciationem adultera nupserit, ipsa prior accusari non possit. [c]

[a] *l. si maritus* 15. *5. pen. ff. ad leg. Iul. de adult.* [b] *d. l. 2. in prin. & l. qui uxori* 16. *& l. seq. ff. h. t.* [c] *l. denunciasse* 17. *quaritur* 6. *ff. d. tit.*

Et licèt prædictis casibus ab ipsa adultera quis possit incipere; attamen 19
adulter eodem tempore reus fieri non potest.

d. l. si maritus 15. *5. ult. & l. nihil interest* 32. *5. 1. ff. h. t.*

Forma accusationis hujus consistit in eo, quod accusator in crimen 20
subscribere tenetur, [a] etiamsi maritus sit: [b] quodque in reum præsentem accusatio dirigi debet, non in absentem: [c] nisi contra eum inchoatum fuerit crimen, priusquam provinciam excesserit: [d] quod denique accusator ipsemet præsens adesse in judicio, non per procuratorem accusationem instituere debet. [e]

[a] *l. accusaturus* 35. *ff. ad leg. Iul. de adult. & l. libellorum. 3. in princ. & 5. 1. ff. de accus.* [b] *Novell. 117. cap. 8.* ubi Cujac. *& Auth. sed novo jure. Cod. ad leg. Iul. de adulter.* Cujac. *ad tit. ff. de diverf. & tempor. præscript. cap. 13.* [c] *l. si maritus* 15. *5. 1. ff. d. tit. & l. si quandam.* 15. *Cod. eod. tit. l. accusatore* 13. *5. 1. ff. de publ. jud. l. absentem* 6. *Cod. de accusat.* [d] *l. adulterata.* 13. *C. ad leg. Iul. de adult. & l. inter accusatorem* 10. *ff. de publ. jud. & l. servum* 33. *5. publicè* 2. *ff. de procur.* Obstare videtur. *l. miles.* 11. *5. eaqua* 2. *ff. ad leg. Iul. de adult. & d. l. accusatore* 13. *5. 1. ff. de publ. jud.* vide Cujac. *lib.* 20. *observ. cap.* 11. *c.* 19. *&* 20. *Gode eundem in lib.* 2. *Papinians de adul. pag.* 677. *in fin.* [e] *d. l. accusitore* 13. *5. 1. ff. de public. judic. & l. tunc convenit.* 14. *C. de accusationibus.*

Tempus quod attinet, intra quod adulteri adulteræve accusatio in- 21
stituenda est, distingui hîc debet inter maritum & partem adulteræ, hanc in potestate habentem, cæteroscj; extraneos accusatores. Maritus etenim jure mariti, & pater suo ex Privilegio intra dies sexaginta utiles extraneis omnibus præfertur: [a] post illud tempus dantur extraneis menses quatuor, similiter utiles, [b] qui in nupta ex die divortij, in vidua ex die commissi criminis numerantur: [c] atque hi quatuor menses utiles tribuuntur quoque marito & patri, si privilegium sexaginta dierum amiserint. [d] Cæterum licet utiles sint menses illi, attamen sic computari debent, ne ultra quinquennium continuum à die commissi criminis computandum extendantur. [e]

[a] *L. si maritus* 4. *in princip. & 5. 1. l. miles* 11. *sexaginta dies.* 6. *l. si, cujus ope* 14. *5. penultim. & l. seq. in princip. & 5. si negaverint* 5. *l. mariti.* 29. *5. sex mensium* 5. *Verf. præterea & l. pater* 30. *5. 1. ff. ad leg. Iul. de adulter. l. adulter.* 5. *Cod. eodem tit.* [b] *dict. l.* 4. *5. 1. l. miles.* 11. *5. sexaginta dies* 6. *Verfic. quod privilegium. & l. mariti.* 29. *5. sex mensium* 5. *ff. dict. tit.* [c] *dict. l. marito.* 29. *5. sex mensium* 5. *ff. eodem.* [d] *dict. l. miles* 11. *5. sexaginta dies* 6. *ff. hoc titul. l. jure mariti* 6. *Codic. eodem titul.* [e] *l. miles* 11. *5. adulterij rerum.* 4.

l. mariti. 29. §. sex mensium 5. & 5. seq. l. quinquennium. 31. ff. ad l. Iul. de adulter. 5. Cod. eodem tit.

22 Nunc de probatione adulterii nonnihil agendum, & quia adulterium est de his criminibus, quæ fiunt abditè & occultè, evenit, ut non rarò sit probationis difficilimæ.

l. consensu 8. §. seruis est autem 6. C. de repud. Ioseph. Mascard. *post alios de probat. conclus. 57. num. 3. & seq. Vol. 1.*

23 Probatur autem per testes, qui deponuntur, quòd conspexerint marem & fœminam complexu venereo junctos: [a] Non autem necessario probatur hæc criminalis causa, si dicant testes, quod viderint mulierem jacentem cum viro; aut quod conspexerint nudum cum nuda in eodem thoro cubare: vel quòd conspexerint solum virum & mulierem occultè se deosculantes, vel amplexantes: aut quòd viderint juvenem in camera dispectoratum, & caligis dissolutis, dum mulier januam clausam teneret, & juvenem adesse negaret. [b]

[a] *l. quod ait lex 23. in princ. ibi* si in ipsa turpitudine, *item ibi*, in ipsis rebus Veneris. *ff. ad leg. Iul. de adulter. c. præterea 27. ibi*, de visu *extr. de test. & ad test.* [b] *argum. d. l. quod ait lex 23. in pr. ff. ad leg. Iul. de adult. De his actibus omnibus* vide Laur. Kirchhov. *com. opin. centr. 1. concluss. 5. & Mascard. de probat. conclus. 59.*

24 Si tamen maritus ageret ad thori separationem per actus prædictos adulterium probaretur.

d. c. præterea 27. extr. de test. c. litteris. 12. & c. tertio loco 13. extr. de præsumpt. Kirchhov. & Mascard. *d. locis.* vide Mynsing. *Respons. 1. decad. 1.*

25 Proindeque arbitramur, probationem ejusmodi actuum duobus ad minimum testibus factam (modò cum illis actibus fama, & suspicio de adulterio concurrat) ad habendam quæstionem & tormenta sufficere, si personarum conditio id patiatur,

Per l. milites. 8. §. 1. C. de quæst. & l. 1. §. Divus Severus 17. ff. d. tit. Peinliche Halßgerichts Ordnung Keyser Carls deß V. *artic. 18. 20. 22. 25. 27. 28. 30. 32. & 45.*

26 Servi quoque & ancillæ adulteri & adulteræ, cùm alia documenta deficiunt, quæstionibus subjici possunt.

l. cùm passim 39. §. ult. ff. ad leg. Iul. de adult. l. non solùm 5. l. in adulterij quæst. 32. C. eod. tit. d. l. consensu 8. §. seruis est autem 6. C. de repud.

27 Restat pœna adulterii, quæ vel privata est, vel publica. Privata quam pater, itemque maritus in adulterum & adulteram convertere potest. Patri enim datum est jus occidendi adulterum, cum filia adultera, quam in potestate habet, [a] quando in ipsa turpitudine, & rebus veneris [b] in sua vel generi domo, id est habitatione, [c] eos deprehendit. Sed confestim utrumque uno propè ictu, & uno impetu adulterum & adulteram occidere debet, non illum hodiè, hanc post diem. [d]

[a] *l. patris 20. ff. ad leg. Iul. de adulter. l. Gracchus 4. C. eod. tit.* [b] *l. quod ait lex 23. in princ. ff. eod.* [c] *l. nec immerito 22. §. jus occidendi 2. d. l. quod ait lex. 23. §. quare non ubicunque 2. ff. h. t.* [d] *d. l. quod ait lex 23. §. quod ait lex 4. ff. d. t.*

Mari-

Marito quoque adulterum uxoris ſuæ occidere licet; ſed non quemli- 28
bet, ut patri, neque in domo ſoceri. Poteſt enim duntaxat vilis conditionis adulterum, & quem domi ſuæ cum uxore deprehendit, occidere; ut ſi adulter ſit leno; vel artem ludicram antè fecerit; in ſcenam ſaltandi, cantandive causâ prodierit; judicióve publico damnatus, neque in integrum reſtitutus erit: quive libertus ejus mariti, uxoris ve, patris, matris, filij, filiæ utrius eorum fuerit: quive ſervus erit.

l. marito 24. in princ. ff. ad leg. Iul. de adulter. Sed hanc legem abrogat lex Pontificia, *can. inter hæc. 33. quæſt. 2.*

Non tamen diſtinguimus in marito, pater, an filiusfamil. [a] honeſtæ, aut 29
vilis conditionis perſona fuerit. [b]

[a] *d. l. marito 24. §. cæterum 2. ff. d. t.* [b] *d. l. marito 24. §. ult. ff. eod.*

Similiter ſi maritus ei, quem ſuſpectum habet de adulterio uxoris, ter in 30
ſcriptis, denunciaverit ſub præſentia trium teſtium, & poſt invenerit eum convenientem uxori ſuæ, ſiquidem in ſua domo, aut ipſius uxoris, aut adulteri, aut in popinis, aut in ſuburbanis, licitè eum ſuis manibus perimere poteſt.

Novell. 117. *cap.* 15. & Auth. *ſi quis ei C. ad leg. Iul. de adulter.*

Hæc verò occidendi poteſtas marito in uxorem adulteram, ſicuti adul- 31
terum data non eſt. [a] Si tamen peremerit illam in adulterio deprehenſam, cùm difficilimum ſit, juſtum dolorem temperare, levior ei pœna irrogatur. & vel in exilium, aut opus perpetuum traditur, ſi humili poſitus ſit loco, vel relegatur ad tempus, ſi aliqua in dignitate ſit conſtitutus. [b]

[a] *l. nec mea. 22. §. ultim. l. ſi adulterium. 38. §. Imperator. 8. ff. ad leg. Iul. de adulter. l.* Grachus. *4. C. eód.* Obſtare videtur Iul. Paul. *lib. 2. ſentent. tit. 26. in princ.* ubi vide Cujac. corrigentem eum locum. [b] *l. ſi adulterium 38. §. Imperator Marcus. 8. ff. d. tit. & l. 1. §. ultim. ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* Differentiæ rationem, cur patri filiam adulteram, non marito uxorem adulteram occidere integrum ſit, exponit Cujac. *in lib. 1. Papin. de adulter. pag. 668. colum. 2. in fin. & ſeq.* Vide Coraſ. *in Senatusconſult. Tholoſan. capit. 81.* Vaud. *lib. 1. quæſt. 12.* Dn. D. Beſold. *de nupt. cap. 11. num. 5. pag. m. 65.* Matth. Stephan. *cent. 4. quæſt. 92.* Voltz. *in commentar. ad L. Cornel. de ſicar. cap. 5. num. 21. & ſeq.* Clarum. *lib. 5. ſent. §. homicidium. nu. 49.*

Eſt & hæc adulterij pœna privata, quòd pater, & maritus adulteræ 32
poſſunt impunè contumeliâ afficere adulterum eum, quem & occidere queunt.

d. l. nec mea 22. §. ſed qui occidere 3. ff. ad leg. Iul. de adulter.

Quòd item mulier adultera, de adulterio convicta, & repudiata dotem, 33
& dotalitium amittit, & ex alia ſua ſubſtantia tantum, quantum tertia pars dotis eſſe cognoſcitur: quod utrumque mariti tribuitur proprietati, ſi filios non habeat mulier: ſin filios habeat, & dos, & alia ejus ſubſtantia illis conſervatur.

Novell. 117. cap. 8. Verſ. ſi de adulterio. & Verſ. ſeq. & c. plerunque 4. ubi gloſs. & Canoniſtæ. *extr. de donat. int. vir. & uxor.* Facit etiam huc *l. cum mulier 47. ff. ſolut. matrim.* Vide Barboſ. *in l. 2. in princ. part. 1. num. 119. ff. ſolut. matrimon.* adde Me *de adulter. capit. 5. nu. 30. & ſeqq.* Dn. Berlich. *tom. 4. concluſ. 29.* Georg. Everhard. *conſil. 57. lib. 1.* Modeſtin. Piſtor. *conſil. 3.* Ludov. a Peguera. *deciſ. 93.* Rauchbar. *lib. 1. quæſt. 47. per tot.* Hæredes tamen mariti etſi

[a] ignoraverit uxorem adulterio se maculasse, de adulterio ad dotem adimendam, conqueri non potest. quia hæc actio ad vindictam tendit Angel. *de maleficiis. tit. de adulter. num.* 29. ubi alleg. Socin. dissent.

34 Similiter vir adulter perdit præteracceptam à muliere dotem, propter nuptias donationem, quam in mulierem contulerat: eaq; non existentibus liberis, ipsi mulieri jure proprietatis conceditur: si adsint liberi, ususfructus quidem ad uxorem pertinet, proprietas verò liberis conservatur.

d. Novell. 117. *cap.* 8. *Vers. & si quidem habeat uxorem adulter. & Novell.* 134. *cap.* 10. Vide *infra thes.* 49. Ludov. à Peguera *decis.* 94. *num.* 4.

35 Publica adulterij pœna est, quæ judicio publico criminis hujus condemnatis reis irrogatur; quæ jure divino in populo Iudaico fuit mors: [a] jure Canonico in terris Ecclesiæ Pontificiæ est in laicis excommunicatio: [b] in Clericis verò depositio, & detrusio in Monasterium, ad agendam pœnitentiam perpetuò. [c] Civili jure hodie adultero caput abscinditur: [d] adultera verò Iustinianeo jure castigatur, & in monasterium detruditur; unde tamen maritus intra biennium eam recipere potest. [e] De consuetudine autem fustigata relegatur. [f]

[a] *Levit.* 20. *& Deuter.* 22. [b] *c. intelleximus* 6. *ext. de adulter.* Roman. *singul.* 674. [c] *can. si quis clericus* 10. *distinct.* 81. Bernard. Diaz. *in pract. crimin. can. cap.* 89. Clar. *lib.* 5. *sententi. §. adulterium, num.* 8. Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. centur.* 5. *casu* 419. *num.* 60. Modestin. Pistor. *dict. consil.* 3. *num.* 56. Decian. *lib.* 6. *tract. crim. cap.* 23. *num.* 14. *& cap.* 20. *nu.* 1. *& cap. seq.* Dissent. Paul. Grilland. *tract. de pœnis omnifa. contum. quæst.* 6. *num.* 3. [d] *l. quamvis* 30. *§. ult. C. ad l. Iul. de adult. Ltransigere* 18. *C. de transact. Novell.* 134. *cap.* 10. *§. item lex Iulia* 4. *Instit. de public. judic. junct. ordinat. criminali Caroli V. art.* 120. Olim jure Wirtenbergico pro primo adulterio capitalis pœna locum non habebat, sed carcere quatuor septimanarum punitur Reus, & postea pœnitentia publica: Pro iterato Adulterio mas punitur gladio, fœmina necatur aqua, sed de consuetudine plerunque gladio plectitur, licet non conjux sed soluta sit, Estque hic observandum licet pro publica pœnitentia carceris pœna, sit prolongata, attamen iteratum adulterium dicto modo punitur. Ita sensit Facultas Iurid. ica *nostra. Anno* 1613. 5. *Novembr.* An hodie quibusdam in locis adulterium prima vice commissum recte alia, quam mortis pœna puniatur, vide Dn. D. Besold. *tract. de præm. & pœn. fol. m.* 125. *num.* 2. Olim videtur fuisse pœna relegationis. *arg. l. si quis seduam* 5. *ff. de quæst. l. miles* 11. *in princ. ff. ad leg. Iul. de adult. l. Claudius. ff. de his, quib. ut indign.* Cujac. *lib.* 6. *obser. cap.* 11. *& lib.* 26. *cap.* 18. *& ad Iul. Paul. lib.* 5. *sententi. tit.* 23. *in princ.* Menoch. *de arbit. judic. lib.* 2. *cent.* 5. *casu* 419. *num.* 27. *& 31. & seqq.* Wesenb. *in parat. ff. de adult. num.* 19. At communiter Dd. volunt, quod olim fuerit adulterij pœna deportatio, Iul. Clar. *d. §. adulterium, nu.* 8. Id quod verisimile videtur, cum non leve, sed grave, & abominabile delictum sit adulterium, *l. auxilium*, 37. *§. 1. ff. de minorib.* Responsa Altorfin. *consil.* 105. Ludov. à Peguer. *decis.* 92. Heig. *p. 1. quæst.* 29. Rauchbar. *part.* 1. *quæst.* 7. *num.* 33. adde Excellentiss. Besold. *in tract. de trib. domestic. societat. speciebus. fol. m.* 12. *num.* 9. [c] *Novell.* 134. *cap.* 10. *& Authen. sed hodie. C. ad leg. Iul. de adult.* Hanc in adultera pœnam probare quoque videtur Carolus V. in *ordinat. criminali. articul.* 120. [f] Chilian. Kölig *in pract. tit.* von dem Ehebruch/ und Peenen desselbigen/ *Vers.* aber zu dieser zeit. Iul. Clar. *quoque d. §. adulterium. n.* 8. scribit, quòd viderit condemnari adulteras in fustigationem, & exilium arbitrarium. Wesenb. *in parat. ff. de adult. nu.* 19. memorat, in Saxonia adulteras virgis cæsas in perpetuum relegari. Sed an valeat consuetudo quod adulterium non capitaliter puniatur, vide Cravett. *consil.* 137. An pœna adulterij teneatur conjunx, si conjuge denegante officium conjugale adulterium commiserit, vide Bocr. *decis.* 297. *num.* 15.

In

In quasi adultero, & adultera pœnam relegationis vel deportationis, (si ea fuit antiquitus) mansisse, non absurdè quis dixerit: [b] nisi quasi adulterium in lenocinium cadat. Hoc enim capitali pœnâ plectitur. [b] 36

[a] *arg. l. præcipimus* 32. *§. ult. C. de appellat. junct. l. penult. ff. de pœn.* [b] *Novell.* 14. *§. sancimus igitur.* An autem mutuum adulterium, puta uxor cum servo, maritus cum ancilla rem habuit, an reciproca seu hinc inde facta remissione, vel delicti cum delicto compensatione, hactenus tollatur, ut pœnæ ordinariæ, locus non sit: vide Schæffer *lib.* 3. *quæst. jur. quæst.* 2. *per tot.* Vivium *decis.* 490. Et an remissio conjugum etiam in adulterio reiterato locum habeat. vid. Schæffer *lib.* 1. *quæstion.* 22.

Pœnæ adulterij corporali adhæret etiam bonorũ amissio. Adulter enim si adscendentes, aut descendentes usq; ad tertium gradum non habeat, bona ejus Fisco applicantur. Et si adultera non recipiatur à marito suo, descẽdentibus ejus duabus substantiæ partibus relictis, reliquum patrimonium jure Iustinianeo monasterio datur. Si adscendentes saltem habeat, quatuor tantum unciæ illis conceduntur, & cæteræ octo unciæ monasterio cedunt. Si verò neque descendentes, neque adscendentes adsint, tunc omnis substantia adulteræ eodem jure monasterio vindicatur. 37

d. Nov. 134. *cap.* 10. *ubi autem de consuetudine adulteræ non detruditur in monasterium, sed relegatur, ibi Fisco bona adulteræ applic. and. videntur.* Sed de tota adulterij materia, vide Me *in tract. de adulter.* adde D. Berlich. *tom.* 4. *conclus.* 27. Cœpen. *lib.* 2. *pract. observat.* 125.

Adhuc de adulterio: nunc de stupro videbimus. Stuprum est crimen publicum, [a] concubitu cum virgine, aut vidua, honestè vivente, non invitâ commissum. [b] 38

[a] *§. Publica autem judicia* 3. *junct. §. sed eádem lege Iulia. Instit. de publ. judic.* [b] *d. §. sed eádem lege, Inst. d. t. l. inter* 6. *§.* 1. *& l. stuprum* 34. *§.* 1. *ff. ad l. Iul. de adult. c. lex illa. §. stuprum* 35. *quæst.* 1. Cœpen. *lib.* 2. *observat.* 126.

Virginitas autem, & honestas [a] viduæ præsumuntur, [b] ita, ut stuprator contrarium asserens probatione oneretur. [c] 39

[a] Ioseph. Mascard. *de probat. Volum.* 3. *conclus.* 1410. *nu.* 1. Menoch. *de præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 81. *num.* 1. [b] *c. cùm tua, extr. de reg. jur. arg. l. meritò* 51. *in princ. ff. pro socio,* Alciat. *de præsumpt. Reg.* 3. *præsumpt.* 1. *&* 2. Menoch. *lib.* 5. *præsumpt.* 1. 2. *&* 4. [c] Iul. Clar. *lib.* 5. *sententt. §. stuprum, num.* 4. Mascard. *d. conclus.* 1410. *n.* 2. *&* Menoch. *d. lib.* 6. *præsumpt.* 89. *n.* 3.

Quòd si tamen ex probatis quibusdam indicijs dubius efficiatur judex, juramento fœminæ se virginem fuisse asserentis standum erit. 40

Iodoc. Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap.* 92. *nu. ult. &* post alios Mascard. *de probat. Vol.* 3. *conclus.* 1337. *nu.* 6.

Et licèt maritus cum virgine, aut vidua concumbat, stuprum, non adulterium jure civili committit. 41

Per l. eum, qui duas 18. *C. ad leg. Iul. de adult. l.* 6. *§.* 1. *l. stuprum* 34. *ff. d. tit.* Angel. *tract. de malefic. in Verb. Ehe mehai adulterato. nu.* 65. VVesenbec. *in parat. ff. ad leg. Iul. de adult. nu.* 20. Roland. à Vall. *consil.* 74. *num.* 12. *Volum.* 1. Iacob. Mandel. Albens. *consil.* 77. *num.* 1. *&* 2. Alex. *consil.* 165. *Vol.* 7. Rom. *sing.* 537. Socin. latè *in l. Gallus §. Quod si nu. col. pen. in fin. ff. de lib. & posthum.* Iure tamen VVirtembergico & hic maritus adulter habetur: pœna tamen eo jure levior est. Fürstl. Würtemb. *constit. de Anno* 1586. *§.* auff den fall aber.

Vt omne crimẽ, de quo publico in judicio quis accusatur, sic & stuprũ vel testibus idoneis, vel indubitatis, & luce clarioribus indicijs probandũ erit. 42

Vltim.

l. ultim. C. de probationibus.

43 Idonei autem omninò testes non sunt domestici, sed hi tantùm indicium faciunt.

l. etiam 3. l. eos testis 5. C. de testib. Iul. Clar. *lib. 5. sentent. §. stuprum, nu. 12.* Mascard. *de probat. Vol. 3. conclus. 1337. num. 4.*

44 Indubitata verò & luce clariora videntur esse stupri indicia, si juvenis cum puella nuda in lecto, vel juxta lectum reperius fuerit nudus: [a] non etiam si quis tempore nocturno, ad fœminam furtim accedere visus, vel etiam interdiu per plana, & nemora, vias, invia sæpiùs cum muliere vagatus sit. [b]

[a] *c. literis, 12. extr. de præsumpt.* Mascard. *post alios. de probat. Vol. 3. concl. 1337. num. 1.* & Dn. Berlich *part. 5. pract. conclus. 38. nu. 92.* & *seqq.* [b] *c. tertio loco, 13.* & *c. seq. §. quocirca mandamus, extr. de præsumpt.*

45 Pœna stupri alia lege Mosaica, alia Canonico jure, alia sanctione civili definita Lege Mosaicâ jubetur stuprator vitiatam fœminam & dotare, & in matrimonium ducere: [a] Iure canonico cogitur mas stupratam mulierem aut accipere uxorem, aut pro conditione illius dotare: [b] civilis sanctio præcipit, ut dimidia pars bonorum stupratoris, si honestus sit, publicetur: si humilis fuerit, corpus ejus coerceatur, & relegetur. [c]

[a] *Exod. 22.* & *Deut. cap. 22.* [b] *c. 1. extr. de adulter.* & *stupro.* Quòd si renuat uxorem ducere stupratam, corporaliter castigatus, excommunicatusque in monasterium, ut in eo pœnitentiam agat, detrudetur, *c. 2. extr. dict. tit.* Iul. Clar. *dict. lib. 5. sententiar. §. stuprum, num. 3.* Vide Iohan. Bertrand. Diaz. *in practic. criminal. canon. cap. 77.* & Menoch. *de arbitr. judic. lib. 2. cent. [illegible] casu 288. num. 10.* & *seqq.* Anton. Thesaur. *decis. 3. nu. 1.* & *2.* Cancer *part. 3. Var. resol. [illegible] 128.* [c] *§. sed eâdem lege Iulia, Instit. de public. judic. l. 1. §. 1. ff. ad l. Iul. de adulter.* Dn. Berlich. *tom. 5. conclus. 38.* Hartm. Pistor. *observat. 161.* Obstare videtur *l. 1. §. ultimo ff. de extraord. crimin.* Iure VVürtenbergico mas juvenis vel viduus si stupravit in honestam fœminam ipse virili, fœmina fœmineo carcere duodecim diebus pane & aqua punitur: nisi fœminæ conditio aliud suaserit, Quod si hæ personæ stuprum iterent, relegationis pœna plectuntur, Quod si mas honestam fœminam stupraverit, virginem aut viduam, quatuordecim diebus in carcere pane & aqua cibari & potari jubetur, & fœminæ pro virginitatis privatione judicis arbitrio pecuniam dare: Fœmina verò octo dierum carcere plecti, nisi pellexerit maremad hoc maleficium, quo casu 14. diebus in carcere contineri debet.

46 Quòd si tutor suæ quondam pupillæ stuprum intulerit, pœna ejus deportatio est, & omnium bonorum publicatio.

l. unic. C. si quis eam, cujus tutor fuerit, corruperit. Vide *Nouell. Leonis 34.*

47 Qui autem virginem necdum viri potentem corrupit, in metallum damnatur, si humilis sit: sin honestior fuerit, in insulam relegatur, aut in exilium mittitur.

l. si quis aliquid 38. §. Qui nondum 3. ff. de pœnis. Sed vide Menoch. *de arbitr. Iud. lib. 2. cent. 3. casu 294.* ubi de hujus stupri pœna varios Dd. varias opiniones refert. Quid sit exilium, vide Cujac. *ad Iul. Paul. lib. 5. sentent. Tit. 4. §. Qui per calumniam.* Dn. Berlich. *tom. 5. conclus. 42.* Pingizer. *quæst. 3.* Thesaur. *decis. 148.* An conatus puniatur, vide Matth. VVesenb. *consil. 14.* De stupro violento vide Berlich. *dict. tom. 5. conclus. 41.* Gilhausi *arbitr. crimin. cap. 2. tit. 2.*

48 Sed quæstionis est, an virgo aut vidua eâdem, quâ stuprator pœnâ teneantur? Id quod negamus.

Id enim nullâ lege cautum reperitur, proindeq; nec decendum. *l. 3. in princ. ff. de probat. l. ul-*

Lam 19. *Verſ. ſuperſtitibus quidem filijs, ibi*, Eo quòd nulla conſtitutio ſuper hujusmodi collatione poſita eſſet, *C. de collationibus Novell.* 18. *cap. conſideremus.* 5. Petr. Gregor. *in ſynt. eym. lib.* 36. *cap.* 9 *n.* 5. Dn. Berlich. *dect. part.* 5. *concl.* 38. *n.* 117. *& ſeqq.*

Quæritur & illud, an vidua ſtuprata dotem amittat? Nos id affirmare 49
non dubitamus de vidua, quæ intra luctus tempora pudorem ſuum ſtupro dimiſit, [a] non etiam de ea, quæ poſt tempora luctus pudicitiam ſuam libidinibus proſtravit. [b]

[a] Hæc enim vidua ſuſpicionem de ſe movet adulterij, vivo marito cum altero illo male commiſſi. *Novell.* 39. *cap.* 2. *§. Sed quia hac, Verſ. Si enim illas.* Et vidua, quæ intra luctus tempora cum alio male concumbit, ſanguineum defuncti mariti turbat, *l. liberorum* 11. *§.* 1. *ff. de his, qui notantur infam.* ut perinde ſit, ac ſi vivo marito ſe alicui proſtituerit. Vide Didac. Covarr. *in lib.* 4. *decretal. part.* 2. *cap.* 6. *§.* 6. *nu.* 11. *&* 12. Modeſtin. Piſtor. *conſ.* 3. *n.* 32. *&* 35. [b] Tum quia nec ob ſtuprum hoc exheredari poteſt vidua, *Novell.* 115. *cap.* 3. Tum quia ſimplicem donationem in ſe collatam ob id non amittit, arg. *l. ult. C. de revocand. donat.* Iure VVurtenbergico viduus & vidua uſumfructum amittunt in bonis liberorum Fürſtl. Würt. *conſtit de An.* 1686. *§.* vnd aufaugs.

Eſt & illa anceps quæſtio, an Vaſallus feudo ſuo privetur, ſi cum vidua 50
domini ſui defuncti ſtuprum committat? Nos autem negatæ ſententiæ patrocinium pollicemur; [a] niſi intra luctus tempora Vaſallus viduam domini ſui ſtupro maculaverit. [b]

Per text. in tit. 21. *§. ult. ibi*, vel ſi concubuerit cum uxore domini ſui domino vivente, *lib.* 1. *feudor.* & ibidem Bald. *nu.* 4. Sonsbeck. *in commentar. in uſus feudor. part.* 12. *nu.* 16. Frideric. Schenck à Tautenberg. *ad tit.* 5. *§. autem ſi fidelis. n.* 1. *lib.* 1. *feud.* Eguinar. Baro *lib.* 2. *de benef. cap.* 3. Vult. *d. feud. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 31. Gothofr. Anton. *in diſſ. feud.* 11. *theſ.* 5. *lit. B.* Tyraquell. *de Nobilit. ad. cap.* 18. *n.* 9. Schrader *d. Feud. part.* 9. *cap.* 2. *n.* 18. [b] *arg. d. Nov.* 39. *cap.* 2. *§. ſed quia hac, Verſ. ſi enim illas, & d. l. liber.* 11. *§.* 1. *in fin. ff. de his, qui notantur infam.* Molin. *ad conſuet. Pariſ. tit.* 1. *§.* 30. *n.* 143. Roland. à Valle, *conſil.* 86. *nu.* 40. *&* 47. *Vol.* 2. Ioh. Borcholt *in commentar. in conſuetud. feudor. cap.* 8. *n.* 97. Vide Me *in tract. de mod. amittend. Feud. caput. de feud. amiſſ. ex culp. Vaſall. n.* 6. *& ſeq. fol.* 124. *& ſeqq. & infr. claſſ.* 5. *diſſ.* 20. *theſ.* 56. *lit.* ◻

Sequitur de inceſtu. Incestus, ſive inceſtum eſt adulterium, vel ſtu- 51
prum, [a] cùm cognata, vel affine; quæ in matrimonio haberi nequit, commiſſum. Eſtque duplex; Iurisgentium, & juris civilis. Inceſtus juris gentiũ eſt, qui committitur inter parentes, & liberos, in infinitum, inter fratrem & ſororem, & inter novercam, & privignum, inter vitricum, & privignã, inter ſocerum, & nurum, inter ſocrum, & generum. Inceſtus juris civilis committitur cum aliquibus, qui ex transverſo nobis conjuncti ſunt, veluti cum ſororis filia, vel nepte, cum amita, vel matertera, cum amita magna, vel matertera magna, cum fratris filia, vel nepte, cum uxore fratris, & cum ſorore uxoris. [b]

[a] *l. ſi adulterium* 38. *in princ. & §.* 1. *& §.* 2. *ff. ad leg. Iul. de adulter. & l. ſi quis* 5. *ff. de quæſt.* [b] *l. ult. ff. de ritu nupt. & l. ult. ff. de condict. ſine cauſ. dict. l. ſi adulter.* 38. *in princ. ff. ad leg. Iul. de adult.* Cujac. *in tit. Cod. de inceſtis, & inutil. lib.* 9. *tit.* 14. *& in lib.* 2. *Papin. de adult. p.* 677. *col.* 1. *& in lib.* 36. *quæſtion. Papiniani, pag.* 201. *& ſeq. & ad l. auxilium* 37. *§.* 1. *ff. de minorib. & in Novell.* 12. *cap.* 1. latiſſimè & ut in omnibus ſuis per quam eleganter vir Excellentiſſimus Dn. Matth. Berlich. *tom.* 4. *practic. concluſ. concluſ.* 32. 34. *&* 35. *per tot.* adde Hartman. Piſtor. *obſ.* 192. Mezger *conſil. criminal.* 9. *queſt.* 2. Quod ſi quis cum defunctæ uxoris ſorore matrimoniũ clandeſtinè contrahat, & cum ea rem habeat, inceſtus quidem eſt, ſed ille pœna coercetur ex-

traordinaria propter fidem conjugalem, & matrimonij favorem. Ita censuit Collegium Facultatis *nostræ, Anno* 1604. *die* 23. *& 24. per l. si adulterium* 38. *§. 5. ff. h. tit. Novell.* 12. *cap.* 1. Mas autem ex sententia dicti Collegij territorio domicilij sui mancipandus existimabatur, & omni honesto consortio ei interdicendum. Fœmina verò cum ejus loci non esset civis, relegandæ videbatur. Id quod probavit inclyta Academia Altorfina *consil.* 29. referente Dn. D. Besold. *parte* 2. *delibat. fol. m.* 150. *quæst.* 20. *in princip.*

52 Hoc incesti crimen præscriptione quinquennij nõ excluditur,[a] sed præscriptione tantùm vicennij. [b] Potest tamen adversus duos simul intentari; Et si per adulterium fuerit contractum hoc crimen, aut per stuprum in cognata, de servis quæstio in dominum incesti postulatum haberi potest. [d] In alio autem incesto servorum tormenta cessant. [e]

[a] *l. cum passim* 39. *§. præscriptione 5. ff. ad leg. Iul. de adult.* [b] *per l. querela C. ad leg. Cornel. de falsis* [c] *dict. l. cum passim* 39. *§. incesti* 7. *ff. ad leg. Iul. de adult.* [d] *dict. l. cum passim* 39. *§. ult. ff. dict. tit. & l.* 5. *in fine ff. de quæstionib.* [e] *l.* 4. *ff. d. tit.* Excellentiss. Dn. Berlich. *tom.* 4. *conclus.* 35. *num.* 48. *& seq.*

53 Pœna incestus per adulterium commissit jure Pandectarum erat deportatio: [a] hodie verò, qui hoc crimen contraxit, gladio punitur, si per adulterium fuerit commissum; [b] si verò per stuprum incestus jurisgentium fuerit commissus, pœna ejus est exilium, & cinguli privatio & si vilis fuerit reus hujus criminis, etiam corporis verberatio: [c] Similiter, si juris civilis incestum commiserit quis per stuprum, deportationis pœnam scripto jure adhuc locum habere existimamus. [d]

[a] *dict. l. senum* 5. *ff. de quæstionib.* [b] *dict. l. quamvis* 30. *§. ult. C. ad leg. Iul. de adulter. & l. Transfugere C. de transact.* [c] *Novell.* 12. *cap.* 1. Sed hunc incestum etiam capite puniri, ut adulterium, alii volunt. *arg. dict. l. si adulterium* 39. *§.* 1. *& 2. ff. ad leg. Iul. de adulter. Vide l.* 5. *ff. de quæst.* Ang. *Tractat. de maleficiis §. Ehe me hus adulterato, num.* 66. Paul. Grilland. *Tractat. de pœnis commissi. viam cœtus, quæst.* 3. *num.* 5. Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap.* 94. *nu.* 5. Iul. Clar. *post alios, lib.* 5. *sententiar. §. incestus, num.* 2. Chilian. König *in practica, Tit.* Von der Peen der Blutschand/im Rechten/ *incestus* genannt. Ubi tamen addit, quòd de consuetudine rei hujus criminis igne comburantur. [d] *per l. cum* 39. *§. ult. ff. h. t. sed obstat dict. l.* 5. *ff. de quæstionib.* VVesembec. autem ad Schneidewinum, *Tit. de public. judic. §. item lex Iulia, num.* 2. fustigationis pœnam hic definit. In hoc enim incestu ad torturam devenire judex non potest. *l.* 4. *ff. de quæst.* Quod si quis cum uxoris sive sororis filia coeat, incestus non est. Alexand. *consil.* 229. *Vol.* 6. Et hoc stuprum relegatione triennali dignum putabat collegium Facultatis *nostræ Anno* 1607. 12. *Martij.* Vide Thoming. *decis.* 42. *num.* 5. *& seqq.* Berlich. *d. conclus.* 32. *nu.* 13. *ubi cetera.*

54 Bona quoq; adimuntur his, qui incestum contraxerunt matrimonium, eaque justis liberis servantur, usque ad tertium gradum, & parentibus usq; ad secundum, & fratri, sorori, patruo, amitæ: quibus personis deficientibus bona publicantur.

Novell. 12. *cap.* 1. *& 2. l. si quis incesti* 6. *junct. Auth. Incestas nuptias, C. de incestis, & inutilib. nupt.* Vide Cujac. *ad dict. Novell.* 12. *cap.* 1.

55 Non solùm autem in marem, sed & in fœminam prædictæ pœnæ convertuntur, si incestum fuerit jurisgentium: [a] sin juris civilis fuerit incestus, mulier non punitur, si prætendat juris ignorantiam. [b]

[a] *dict. Novell.* 12. *cap.* 1. *& dict. Auth. Incestas nuptias, C. de incest. & inutilibus nupt.* [b] *dict. l. si adulterium* 38. *§.* 2. *ff. ad leg. Iul. de adulter. & l. Qui in provincia* 39. *§.* 1. *ff. de ritu nupt.*

nuptiar. Cujac. *ad dict. Novell.* 12. *cap.* 1. *& in lib.* 36. *quæſtionum Papinian. pag.* 294. *& ſeq.* Vide quoque Paulum Grilland. *in dict. Tractat. de pœnis omniſariam coercit. quæſt.* 2. *num.* 6. adde Mezger. *conſil.* 9. VVittum. *conſil.* 8. Harman. Piſtor. *quæſt.* 192. Theſaur. *deciſ.* 100.

Cæterùm jure Pontificio inceſtus pœna eſt interdictio conjugij perpetua, cum pœnitentia, [a] & excommunicatio. [b] 56

[a] *cap.* 1. 2. *& c. tranſmiſſa* 4. *extr. de eo, qui cognovit conſang. uxoris ſuæ, c. ex. ſi quis cum matre, can. ſi homo, & can. de inceſtis* 35. *quæſt.* 2. [b] *can. De his, qui inceſtis* 33. *quæſt.* 2. *& c. Clerici, extr. de exceſſib. prælator.* Paul. Grilland. *dict. Tractat. de pœnis omniſariam coercit. quæſt.* 3. *nu.* 4.

Nunc breviter de lenocinio. Lenocinii genera duo ſunt: unum eſt gratuitum, alterum quæſtuarium: quorum hoc propriè, illud quaſi lenocinium dici poteſt. Gratuitum lenocinium eſt, ſi maritus deprehenſam in adulterio uxorem in matrimonio retineat, [a] vel quis adulterij damnatam uxorem ducat. [b] Et hoc lenocinium quaſi adulterium appellatur & eſt pro adulterio. [c] 57

[a] *l.* 2. *C. ad leg. Iul. de adulter.* [b] *l. caſtitatis* 9. *C. eod. tit. c. l. ſi quis.* 33. *§. ult. ibi. adultera punitur. ff. ad l. Iul. de adult. & l. auxilium* 37. *§.* 1. *ff. de minorib.*

Pœna prædicti lenocinij eſt eadem, quæ adulterij. 58

l. auxilium 37. *§.* 1. *Verſ. ſed ut ad legis Iuliæ, ff. de minorib. l.* 2. *§. lenocinij* 2. *l. Qui domum* 8. *l. m. artic* 29. *in princ. ff. ad leg. Iul. de adulter.* Gilhauſen. *in arbor. criminal. tit.* 20. *cap.* 2. *per tot.*

Hujus item generis lenocinium eſt, ſi quis efficiat, ut improvidæ, & ſimplices mulierculæ, maximè verò puellæ honeſtæ pudorem ſuum alienis libidinibus proſternant, vel ad hoc ſcienter, & malitioſè domicilia ſua locet, aut in illis id fieri patiatur: cujusmodi lenones, & lenæ pro facti qualitate, ex conſilio Iurisconſultorum, vel extra provinciam relegantur, vel infami columnæ adponuntur, vel auribus mulctantur, vel virgis cedantur, vel qua aliâ pœnâ afficiuntur. 59

Peinliche Halßgerichts-Ordnung Keyſer Carls deß *V. artic.* 123. Fürſtl. Würtemb. Lands-Ordnung / *pag.* 207. *& ſeq.* Menoch. *de arbitr. judic. quæſt. caſ.* 534. Peguera *quæſt. crimin.* 15. Frehcr. *de exiſtimat. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 27. Farinac. *part.* 4. *tit.* 16. *quæſt.* 144. *nu.* 17.

Quæſtuarium lenocinium eſt, cùm quis, quæve ex concubitu fœminæ, quam alienis libidinibus proſtituit, quæſtum capit: Et mas, qui lenocinium exercet, leno dicitur; fœmina, quæ facit lenocinium, lena appellatur. 60

l. Athletas 4. *§. ait Prætor* 2. *ff. de his, qui notantur infam. l. palam* 43. *§. lenocinium* 6. *& ſſ. ſeqq. ff. de ritu nuptiar. l. lenones* 6. *& l. ſeq. C. de ſpectaculis, lib.* 11. *l. ſi lenones* 12. *C. de Epiſcop. audient.* Peguer. *quæſt. deciſ. crimin.* 15. *per tot.*

Hujus lenocinij tria ſunt genera. Primum eſt, cùm quis uxori ſuæ, vel filiæ, vel ancillæ neceſſitatem imponit, ut pudicitiam ſuam alienis libidinibus proſternat; cujusmodi leno non tantùm patriam, & dominicam poteſtatem in filias, & ancillas eas amittit, & infamis efficitur: ſed & proſcriptus mancipatur pœnæ exilij, & publicis metallis addicitur. 61

dict. l. lenones 6. *& l. ſeq. C. de ſpectaculis, lib.* 11. Peinliche Halßgerichts-Ordnung / *artic.* 122.

Secundum genus quæſtuarij lenocinij eſt, cùm quis extraneas fœminas dulcedine verborum, & pollicitationibus invitas pellicit ad hoc, ut ſe libi- 62

dini masculorum præbeant. Atque hujusmodi leno ex Iustiniani sanctione ultimo afficitur supplicio. Et si quis patiatur in sua domo ejusmodi quendam lenonem exercere lenocinium, decem librarum auri pœnam sustinet, & circa ipsam etiam habitationem periclitatur.

Novell. 14. *ubi* vide Cujac. & Duar. *ad Tit. ff. ad leg. Iul. de adulter. c. 5. in fine* Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap.* 91. *num.* 5. & 6. Sed Iul. Clar. *lib.* 5. *sententiar. §. fin. quæst.* 68. *nu.* 22. & VVesembec. *in parattt. ff. ad leg. Iul. de adulter. nu.* 16. nulla adhibita distinctione, lenonibus ultimum supplicium propositum esse tradunt.

63 Tertium genus est, cùm quis mulierculas ultro meretricio more vivere cupientes prostituit: cujusmodi lenocinium similiter quidem prohibitum est,[a] & ipsum lenonem, & lenam infamem reddit:[b] verùm scripto jure Romano pœnâ affici corporali non videntur leno, & lena.[c]

[a] *dict. Novell.* 14. quâ quidem omne lenocinium prohibetur: at non omne corporali pœnâ plectitur. [b] *l. 1. §. Qui lenocinium, & l. Athletas* 4. *§. Aut Præsor* 2. *ff. de his, qui notantur infam. & dict. l. palàm* 43. *§. lenocinium* 6. *& §. seq. ff. de ritu nupt.* [c] *argum. legum proximè adductarum*, & scribit Duaren. *ad Tit. ff. ad Leg. Iul. de adulter. cap. 5. in fine.* Sed Iohan. de Plar. *ad l. 2. in fin. Cod. de jure emphyteut.* dicit, quòd lenones sint de civitate pellendi: quem refert, & sequitur Matth. de Afflict. *ad Constitut. Neapolit. Rubric.* 43. *nu.* 1. *per text. in l. nullus, 2. ubi Paint. Castrens. Cod. de summa Trinitat.* Peguera *decis.* 12. De pœna lenonum vide quoque Iul. Clar. *dict. lib.* 5. *§. fin. quæst.* 68. *num.* 23. & Menoch. *lib.* 1. *de arbitr. Iud. quæst.* 88. *num.* 15. & 16. Peguer. *dict. decis.* 15.

64 Succedit modò Sodomia. Sodomia est crimen publicum, quo homo cum bruto animali, mas cum mare, mulier cum muliere concumbit, & libidinem contra naturam exercet: cujus sceleris pœna mors est, & quidem jure Iustinianeo reus criminis hujus gladio puniri jubetur:[a] at jure Carolino ignis supplicio afficitur.[b]

[a] *l. cum vir nubit* 31. *C. ad leg. Iul. de adult. l. 1. §. Qui puero, ff. de extraord. crim.* [b] Peinliche Halßgerichts-Ordnung Kayser Carls deß V. *artic.* 116. In hanc pœnam reum hujus criminis damnandum consuluit collegium inclytæ facultatis juridicæ in nostra Tubinga. Anno 1615. die 7. Octobris. De hoc flagitio vide quoque Paul Grilland. *tract. de pœnis omnifariam contra. quæst.* 8. Damhouder. *in dict. praxi criminal. c.* 96. Iul. Clar. *lib.* 5. *sententiar. §.* Sodomia, *pag.* 83. *& seq.* & Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. cent.* 3. *casu* 286. *& cas.* 360. *nu.* 61. ubi agunt. de conatu, actu proximo & volunt Damhaud. & Menoch. capitis pœnam locum habere, Sed collegium facultatis nostra. *Anno* 1613. 10. *May. pura Virgis cædendum & in perpetuum esse relegandum Reum*, &c. Quod si reus fatcatur sollicitationem pueri de stupro, exsententia Gaylij capite punitur. *libr.* 1. *de pace public. cap.* 14. *num.* 26. At Paul. Iurisconsultus pœnæ capitali haud esse locum, nisi hoc crimine perfecto, *l. 1. §. Qui puero. ff. de extraord. crim.* Quæri hoc loco potest & illud, an solius pueri assertio verisimile autoris indicium faciat ad torturam? Muscatellus quidem affirmat, *Tractat. de cognit. delict. pag.* 516. *num.* 25. Sed male, cum puer testis sit unicus: & signa corporis ab alterius facinore nata esse possint. Ego *de tortur. cap.* 3. *nu.* 116. *fol.* 357. Plura ergo alia indicia quærendâ, vide Thoma. Trivisian. *lib.* 2. *decis.* 13. & 14. notandum & observandum hic, si Reus hujus criminis adhuc minor sit 25. Annorum puta 20. 21. 22 vel 23, &c. gladio punitur, & exangue corpus cõburi debuit prout aliquoties facultas nostra juridica sensit. De hoc crimine videndus Carpen. *lib.* 2. *obs.* 127. Gilhaus. *in arbor. crim. c.* 2. *tit.* 25. De ejus pœna. Hõded. *consult.* 98. *Vol.* 1. Mezger *consil. crim.* 10. Sodomitato an & quando credatur. Caspar. Ant. Thesaur. *lib.* 2. *quæst. forens.* 35. Honded. *Vol.* 1. *consult.* 100. An sollus conatus puniatur, Honded. *consult.* 98. *Vol.* 1. Quomodo probetur. Mastrill. *decis.* 295. & Quæ sint indicia ad torturam. Mastril. *dict. loc.* Ego *de tortur. fol.* 356. *nu.* 115. *cap.* 3.

RESTAT

RESTAT raptus. RAPTUS eſt crimen publicum, quo quis honeſtam 65
fœminam matrimonii jungendi, aut libidinis exercendæ causâ per vim abſtrahit. Neque intereſt, fœmina illa ſit virgo, laica, aut ſanctimonialis, vel vidua, vel aliena conjunx, aut ſponſa raptoris: conſenſerit item raptori, aut non conſenſerit.

l. un. in princip. C. de raptu virginum, l. ſi quis 5. & l. Raptores 54. C. de Epiſcop. & Cler. Novell. 143. Can. lex illa 27. quæſt. 2. & Can. lex illa 36. quæſt. 1. Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artcul. 118.* De hoc crimine vide Paulum Grillandum *in Tractat. de pœnis omnifariam contra. quæſt. 10.* Gilhauſen. *in arbor. criminal. cap. 2. tit. 23.*

Hujus criminis varia eſt pœna. Primò enim raptor in ipſo raptu, & fla- 66
granti adhuc crimine deprehenſus, à fœminæ parentibus conſanguineis, tutoribus, curatoribus, patrono, vel domino impunè occidi poteſt.

dict. l. Raptores 54. in prin. Verſ. Qui itaque, C. de Epiſcop. & Cler. dict. l. un. in prin. Verſ. Ne igitur, C. de raptu virg. & Novell. 143. in princ.

Quòd ſi raptor ex prædictorum manibus effugerit, capitis ſupplicio 67
ſubjicitur: ut & comites illius, ac alii, qui ipſi auxilium tempore invaſionis contuliſſe noſcuntur: tum etiam conſcii, & miniſtri hujus criminis, & qui raptorem, cæteroſq; auxiliatores, & comites receperunt. [a] Servilis conditionis raptor igni concrematur. [b]

[a] *dict. l. ſi quis 5. & l. raptores 54. C. de Epiſcop. & Cler. l. un. Cod. de raptu virginum. Inſtitut. de public. judic. §. item lex Iulia de vi, Verſ. ſin autem per vim. l. 4. §. ult. ff. de vi public. & dict. Novell. 143.* Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artic. 118.* Gladii pœnam huic crimini definit quoque nova conſtitutio Wirttenbergica de anno 1586. in fœmina verò ſi abſque vi rapta ſit, & mas conjux adulterii pœna locum habet, ſin ambæ perſonæ ſint ſolutæ fœmina quatuordecim dierum carcere coercetur. [b] *dict. l. un. in fin. C. de raptu virg.* Honded. *vol. 1. conſ. 98.* Chriſtin. *vol. 1. deciſ. 334.* Theſaur. *deciſ. 217.*

Parentes quoque fœminæ ſi patientiam præbuerint, ac dolorem remiſe- 68
rint, deportatione plectuntur.

dict. l. un. §. penultim. in fin. Cod. de raptu virg. & dict. Novell. 143. Verſ. ſed parentes etiam.

Adhæc bona raptoris, & eorum, qui ipſum comitati, & in raptu auxilia- 69
tores fuerint, ad dominium raptæ fœminæ pertinent: [a] niſi ſanctimonialis fuerit rapta fœmina: hæc enim duntaxat uſumfructum ſubſtantiæ raptoris habet, proprietas ad monaſterium pertinet. [b] Raptâ quoque ancilla, aut libertinâ, raptoris bona nullam diminutionem patiuntur. [c]

[a] *dict. l. un. §. 1. & 2. C. de raptu virgin. & Novell. 143.* [b] *dict. l. Raptores 54. Verſ. Bona autem, & Verſ. ſeq. C. de Epiſcop. & Cler.* [c] *d. l. un. §. 1. C. de raptu virg.*

Denique hujus criminis reo condemnato appellandi quoque licentia 70
adempta eſt.

dict. l. un. in fine prin. C. de raptu virg. Farinac. *in prax. criminal. part. 4. tit. 16. quæſt. 145. nu. 10. & ſeqq.* Thomas Sanchez. *tom. 2. de matr. lib. 7. diſſp. 12. nu. 2. & ſeqq.*

Eſt & hæc raptus pœna, quòd raptæ fœminæ denegatur facultas nuben- 71
di raptori: [a] cui ſi nubat, raptoris, & auxiliatorum bona amittit, quæ parentibus ejus tribuuntur, non conſentientibus ipſis nuptiis; nec quicquam ex teſtamento raptoris capere poteſt. Quòd ſi parentes mulieris jam deceſſerint, aut ſceleri huic conſenſerint, fiſci juribus bona illa vindicantur.

dict. Novell. 143. *vers. Sancimus itaq;. & Novell.* 150. Quibus locis & illud cavetur, quòd parentes consentientes nuptiis illis deportentur. Christin. *Vol.* 1. *decis.* 334.

72 Est & alius raptus, qui est stuprum per vim honestæ fœminæ, aut mari illatum; [a] cujus pœna similiter capitalis est. [b]

[a] *Can. Raptus* 27. *quæst.* 2. *& Can. Raptus* 36. *quæst.* 1. *l. mariti lenocinium* 29. *§. ult. ff. ad leg. Iul. de adulter.* Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap.* 97. *nu.* 1. *&* 2. [b] *l.* 1. *§. ult. ff. de extraord. crimin.* Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artic.* 119. Fürstl. Würtemb. newe *constitutio de Anno* 1586. *§.* ferners so ein Mannsperson: Quod si mas non potuerit crimen hoc perficere, arbitraria plectitur pœna Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *dict. articul.* 119. *§.* So sich aber. Unde jure Würtenbergico columnæ publicæ apponitur, an den Pranger gestellt/ & præterea pro conditione personæ & facti, qualitate aures eis abscenduntur, virgis ceduntur & relegantur, aut confinio seu territorio per sententiam includuntur, ut ostendit *dict. constit. Ducis Ludovici Anno* 1586. *§.* auff den fall sichs.

73 Commune illud est utriusque raptus, quòd præscriptione quinquennij crimen hoc non aboletur.

d. l. un. in fin. princ. C. de raptu Virg. d. l. mariti 29. *§. ult. ff. ad leg. Iul. de adult. & d. l.* 4. *§. ult. ff. ad leg. Iul. de vi publ.*

74 Si quis raptum committat in meretrice, pœnę extraordinariæ locus erit. Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. cent.* 3. *casu* 191. *nu.* 3. Gail. *lib.* 2. *obser.* 48. Quando verò ordinaria pœna raptus cessat? ostendit Dn. D. Besold. *Vol.* 2. *consil.* 40. Wehner. *consil. Francon.* 107. *num.* 2. An ille qui non cognovit mulierem pœna raptus teneatur Cævall. *quæst.* 596. An volentem abducens. Thesaur. *decis.* 217.

Additamenta.

1 LEgem Iul. de adulteriis, non C. Iulio Cæsari, sed Divo Augusto acceptam referimus.

Per l. 1. *ff. ad leg. Iul. de adult.* vide Coral. *lib.* 2. *miscellan. cap.* 1. *num.* 8. *&* 9. adde Me *in tract. de adulter. cap.* 5. *nu.* 67.

2 Si Christianus Iudæam, vel Iudæus Christianam uxorem duxerit, quasi adulter accusari, & damnari potest

l. Ne quis Christianam 6. *C. de Iudæis, & Cælicolis.*

3 Hinc licet vigore statuti quadam in civitate in verum adulterum pecuniaria tantum convertatur pœna; attamen Iudæus cum Christiana muliere verum adulterium committens in eâdem civitate, non statuariâ illâ pœnâ, sed eâ, quæ jure communi definita est, plecti debet.

argum. d. l. 6. *C. d. tit.* & sentit ita contra communem Iul. Clar. *lib.* 5. *sentent. §. adulterium, num.* 10.

4 Quæritur, an qui adulterium commisit, non dolo, sed culpâ latâ, afficiatur pœnâ adulterij ordinariâ, nec ne? Nos extraordinariam, & leviorem illi pœnam irrogari arbitramur.

arg. l. In lege Cornel. 17. *ff. ad leg. Corn. de sicariis,* Ioh. Bernhard. Diaz. *in fallent. Reg. juris, regul.* 540. Iul. Clar. *lib.* 5. *sentent. §. fin. quæst.* 84. *nu.* 1.

5 Vocatur & illud in quæstionem, si alicubi ex statuto non mortis, sed alia imponatur pœna adultero, putà pecuniaria pœna, aut pœna castigationis, an in eo, qui sæpius cum aliena uxore eâdem concubuit, pœna illa multiplicari, & reiterari debeat, nec ne? Sententia negantium nobis probatur, existimantes tamen in hoc pœnam aliquantum augeri posse.

arg. l. eo,

arg. l. ei, qui 9. in prin. ff. de furt. & l. illud 32. §. ult. ff. ad leg. Aquil. & l. 2. ff. de priv. delict. & nominatim tradit gloss. ad l. Vulgarius 21. in prin. in verb. fur erit. *ff. de furtis*, quam communiter Dd. probant, quos referunt & sequuntur Didac. Covar. *lib. 2. Var. resolut. cap. 10. nu. 8. vers. Quod verò diximus.* & Iul. Clar. *lib. 5. sentent. §. adulterium, nu. 11.*

CLASS. IV. DISPUTATIO XIII.

DE VI PUBLICA ET PRIVATA; ubi etiam paucis de crimine fractæ pacis.

THESIS I.

NVnc publicam vim & privatam edisseremus. PUBLICA VIS à quibusdam [a] malè definitur ea, quæ fit armis, vel convocatis hominibus sine armis. [b] 1

[a] Cujac. *ad Iul. Paul. lib. 5. sententiar. Tit. 26. ad leg. Iul. de vi publ. & privat.* & Menoch. *lib. 2. de arbitr. Iudic. cent. 4. casu 394. num. 8.* [b] Nam & alio modo hæc vis committitur, *leg. 3. §. item tenetur & §. sequent. l. 5. in princ. vers. Quique hominem, & §. ult. l. 6. l. 8. l. qui dolo. 10. ff. ad L. Iul. de vi publ. & l. 2. ff. ad leg. Iul. de vi privata.* Et vis privata committi dicitur hominibus congregatis sine armis, *l. si quis aliquem 5. ff. d. t. l. 4. vers. sed quoniam C. leg. Iul. de vi publ. vel priv.*

Pejus verò definitur ab his, [a] qui ajunt, vim publicam esse, quæ armis committitur. [b] 2

[a] Francis. Duar. *lib. 1. disputat. cap. 22.* Paulus Manut. *in comment. de legib. Romanis*, & Hottomanus: *in comment. verbor. Iuris, in verb. Vis & ad §. Sed ex constitut. Instit. de interdict. & ad §. Item lex Iulia, Instit. de publ. Iudic.* Wesembec. *in paratit. ff. ad leg. Iul. de vi publ. &* Ioan. Gœdd. *ad leg. armorum 41. num. 4. ff. de verb. signif.* [b] Quandoque enim vis publ. committitur sine armis *d. l. 3. §. Item tenetur, & §. seq. l. 5. in princ. l. 6. l. 10. in princ. ff. ad L. Iul. de vi publ.*

Pessimè Iohannes Robertus [a] eam definit, quæ meditata atque præparata priùs est, quàm fieret. [b] 3

[a] *lib. 3. sentent. cap. 22.* [b] Nam & privata vis, hoc modo committi potest *per l. 2. l. 4. l. si quis aliquem 5. ff. ad leg. Iul. de vi priv. & l. si crimis 4. & l. seq. C. ad l. Iul. de vi publ. & privata.* Menoch. *dict. casu 394. nu. 7.* & Ioh. Gœdd. *ad d. l. armorum 41. nu. 9. ff. de verb. signif.*

Nos publicam vim definimus crimen publicum [a] quo securitas publica turbatur. [b] 4

[a] *l. 1. ff. de publ. judic.* vide Mé *in tract. de prædat. nu. 2. fol. 141.* [b] *l. 1. l. 2. l. ult. & tot. tit. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* Cujac. *in parat. C. eod. tit. vers. Nam ex diverso*, sed vide Iul. Paul. *lib. 5. sentent. tit. 26.* Qui longè aliter vim publicam definit. vide Dn. D. Besold. *part. 2. delibat. ad lib. 48. ff. quæst. 21. fol. mihi. 150.*

Circa hoc crimen duplex inspectio incurrit: Una de modis, quibus vis publica committitur; altera de pœna hujus criminis. 5

Committitur autem vis publica duobus modis armis, [a] vel sine armis. [b] 6

[a] *§. Qui autem, Instit. de interdict. §. Item lex Iulia de vi, Instit. de publ. judic.* [b] *d. l. ultim. cum similibus ff. ad leg. Iul. de vi publ.*

Armorum appellatio generalis est, in duas discedens species; quarum una continet ea, quæ manu in presentem imprimuntur: ut sunt gladii, hastæ, 7

frameæ,

frameæ, scuta, galeæ, &c. Altera complectitur ea, quæ bombarda, arca, vel manu mittuntur, sive jaculando projiciuntur: ut sunt sphendulæ, sagittæ, lapides, glebæ, fustes, & alia,[a] quæ teli verbo significantur.[b]

[a] *d. l. armorum* 41. ubi Gœdd. & alii, *ff. de Verb. sign. l. 3. §. 2. ff. de Vi & Vi armata, l. armata* 9. *ff. ad l. Iul. de Vi pub. §. armorum autem appellatione Inst. de interdict.* [b] *§. Item lex Cornelia, de sicariis, Vers. telum Instit. de publ. Iud. l. si caluitur.* 233. *§. 2. ff. de Verb. signif. & l. pen. §. 1. & vlt. ff. ad leg. Iul. de Vi publ.* vide Me *de omnis generis homicid. lib. 1. cap. 2. nu. 3.*

8 Armis jure Iustinianeo committitur vis publica dupliciter: Sola armorum detentione, & eorundem usu violento.

9 Sola armorum detentione committit vim publicã, qui arma vel tela domi suo agróve in villa coacta habet:[a] qui item pubes cum telo in publico est,[b] vel in concione, vel ubi judicium publicum exercetur,[c] vel in palatiis principum.[d]

[a] *l. 1. ff. ad leg. Iul. de Vi publ.* De quæstione an subditis pacis tempore arma sint permittenda vi Tholos. *lib. 23. cap. 9.* [b] *l. 3. §. 1. ff. d. tit.* [c] *l. Qui dolo* 10. *ff. eodem tit.* Menoch. *post alios dict. casu* 394. *nu.* 38. *& seq. & nu.* 90. [d] *tit. 27. de pace tenenda & ejus violatoribus, §. ad palatium lib. 2. feudor. & l. 3. §. 1. ff. ad leg. Iul. de Vi publ.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 44.

10 Qui ergò talem gestat, sive portat arma, in hoc crimen incurrit;[a] maximè si rusticus[b] sit, vel clericus.[c]

[a] *Novell. 85. cap. 1. ibi, eos autem qui operantur arma, nulli vendere præsato, & cap. 2. in fin. & cap. 3. & cap. 4. & facit maximè argu. d. l. 1. ff. h. t.* [b] *d. tit. 27. de pace tenenda & ejus violatoribus. §. Si quis rusticus lib. 2. feudor.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 28. *& seqq.* [c] *per c. Clerici, Extra. de Vita & honestat. Cleric.* Didac. Covar. *lib. 2. Var. resolut. cap. ult. nu. ult. Vers. pen.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 31. *& seqq.*

11 Neque refert à publico justitiæ ministro quis deprehensus fuerit, vel non fuerit deprehensus, dum arma gereret.

arg. l. 1. ff. ad leg. Iul. de Vi publ. Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 49. *&* 50. ubi respondet ad leg. *si Barsatoram, C. de fide jussi.*

12 Pertinet quoque huc, qui noctis tempore sine armis inventi sunt, propè eos tamen, puta ante pedes eorum, arma sunt reperta.

Post alios Menoch. *dict. casu* 394. *num.* 53. *& seqq.*

13 Cæterum excipitur, qui in usum venationis, vel itineris, vel navigationis arma domi aut in villa possidet,[a] & qui promercii causa arma habet, vel ea ex hereditate accepit.[b]

[a] *dict. leg. 1. ff. ad leg. Iul. de Vi pub. d. tit. 27. §. si quis rusticus & §. Mercator lib. 2. feudor.* [b] *l. 2. ff. d. tit.*

14 Excipitur proinde & ille, qui salutis suæ tutandæ causa telum gerit,[a] dum peregrè proficiscitur.[b]

[a] *d. l. pen. 1. §. vlt. ff. ad leg. Iul. de Vi publ.* [b] *per d. l. 1. ff. d. tit. & l. ult. ubi gloss. in Verb. Cingulo, &* Luc. Penna, & Ioan. Plat. *C. de præposit. sacror. cub. lib. 12.* Tiraquel. *de Nobilitat. cap. 20. num. 69.*

15 Non probamus eorum sententiam, qui existimant, viatores quidem arma ferre posse, sed ea ligata.

per text. in dict. tit. 27. §. mercator. Vers. non ut quem ledat lib. 2. feudor. Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 59. *& seqq.*

16 Excipiuntur item Magistratus, & eorum officiales.[a] Tum etiam milites[b] & aulici,

[b] & aulici, qui in curia principis verſantur, ejuſque lateri adhærent, [c]

[a] *l. Nam & ſalutem 3. §. ſciendum*, ubi Bald. *ff. de offic. præfect. Vigil.* Menoch. *d. caſu 394. nu. 64. & duobus ſeq.* [b] *Novell. 85. cap. 1. verſ. ſed neque & arg. dict. t. 27. §. ad palatium lib. 2. feudor.* Menoch. *dict. caſu 394. nu. 67. & ſeq.* [c] *d. l. ult. C. de præpoſit. ſacr. cubic. lib. 12.* Menoch. poſt alios *dict. caſu 394. nu. 71.*

Quæritur, de nobilibus, & doctoribus, liceátne his etiam arma gerere? 17
Quidam affirmant, [a] aliqui [b] negant: & licet ſcripto Iure Iuſtinianeo horum ſententia videri verior poſſit, [c] illorum tamen opinionem uſus probat, proindeq; ea ſervanda erit. [d]

[a] Quorum meminit Tiraquell. *tract. de nobilitat. dict. cap. 20. nu. 67. & ſeq.* & Menoch. *dict. caſu 394. nu. 74.* [b] Tiraquell. *dict. cap. 20. nu. 69. & ſeq.* & Menoch. *dict. caſu 394. nu. 75.* [c] *per l. unic.* ubi Cujac. *C. ut armorum uſus lib. 11. & Novell. 85.* Tiraquell. *dict. cap. 20. oſtendit num. 69. & ſequentib.* [d] *per Novell. 89. cap. 15. vlt. verſ. unde etſi, quoniam & non utendo peremptæ eſt. l. ſi de interp. 37. & leg. ſeq. ff. de ll.* Quilibet tamen eques & pedes bombardis uti prohibetur in Receſſu Imperij *de Anno 1530. pag. 233.* ubi vide exceptiones.

Sed & de ſtudioſis, aliis ve juvenibus quæri ſolet, quâ ætate idonei videri 18
debeant, qui gladios lateri adpendant? Exiſtimamus autem ſeptendecim, vel certè octodecim annorum ætatem eſſe aptam, qua juvenis ferre arma poſſit, eò, quòd hac ætate adoleſcens in militiam recipitur, & validè contra hoſtem pugnare & arma tractare poſſe putatur. [a]

[a] Ariſtoteles *lib. 8. politic. cap. 4.* Gellius *libr. 10. noctium attic. cap. 28.* Petr. Crinit. *de honeſta diſciplina cap. 9.* Alexand. ab Alexand. *lib. 1. genialog. dier. cap. 20.* Livius *lib. 2. dec. ad. 3.* Petinus Bellus *in tractat. de re militari, part. 1. tit. 7.* Menoch. *conſil. 202. nu. 40. & ſeq.* Tiraquell. *de nobilit. cap. 20. nu. 73.* Plutarch. *item in Gracchorum vita* ſcribit, jure Romano, id eſt, Tullii Regis inſtituto & ſempiterna lege militarem ætatem definitam eſſe, Anno demùm decimo ſeptimo Facit huc *l. 1. §. puertia ff. de poſtulando, & §. minorem natu Inſtit. de adopt.* vide Me *dict. tract. del. homicid. cap. 3. lib. 1. numer. 23.*

Similiter excipitur, qui cultellum ad diffindendum panem ſecum por- 19
tat, [a] vel arma ad occidendum Bannitum. [b]

[a] Menoch. *poſt alios dict. caſu 394. num. 72.* [b] Menoch. *ibidem num. 73. ubi alios in hanc ſententiam autores citat.*

Etſi verò quibuſdam privatis poteſtas gerendi arma facta fuerit, prodire 20
tamen illi cum armis in Iudicii locum, aliumq; publicum conventum jure prohiberi videntur.

d. l. qui dolo 10. in pr. verſ. item qui cum telo, ff. ad leg. Iul. de vi publ. & d. tit. 27. §. ad palatium lib. 2. feudor. Et ſentiunt Dd. quos refert, & ſequitur Tiraquell. *d. cap. 20. nu. 72.*

Porrò uſu armorum violento committit vim publicam, qui ſervos, aut 21
liberos homines in armis habet, [a] qui cum telis & armis bona rapit, vel rem raptam ſervat raptori, [b] qui in incendio cum gladio aut telo rapiendi cauſa eſt, vel prohibendi dominum res ſuas ſervare, [c] qui hominibus armatis poſſeſſorem domo agróve ſuo aut navi ſua, dejicit. expugnat, [d] qui cum imperium poteſtatémve habet, civem Romanum adverſus provocationem necat, verberat, aut quid in collum injicit. ut torqueatur: qui item Legatos. oratores, vel eorum comites pulſat, [e] qui convocatis hominibus vim facit, quò quis verberetur, pulſetur, [f] qui ædes alienas aut villas telo expilat, effringit, expugnat, [g] qui reum vincit, & vinculis impedit, quò mi-

nùs alicubi in judicio publico adsit, [h] qui alium, cum quo de fundi possessione contendit, occidit, [i] qui denique per vim armatam de possessione rei etiam propriæ alium dejicit. [k]

[a] *l.3. in princ. ff. ad leg. Iul. de vi publ. & l. ultim. C. ad leg. Iul. de vi public. & priuata.* [b] *d.l.3. §. in eadem causa ff. d. tit. l. penult. C. eod. tit.* Menoch. *d. casu* 394. *nu.* 79. & 95. & *casu* 389. [c] *dict. l.* 3. *§. sed & qui ff. eodem.* [d] *d. l.* 3. *§. ult. ff. d. tit.* Menoch. *d. l. casu* 384. *nu.* 82. *sed* Duaren. *ad tit. ff. ad leg. Iul. de vi publ. & priuata, cap.* 1. scribit, quod hoc crimen de provocatione, & sine armis committatur. [e] *l. Lege Iulia* 7. *ff. hoc tit.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 85. & 98. [f] *leg. qui dolo* 10. *§. penult. ff. eod. tit.* [g] *l. penult. in princ. ff. d. tit.* Menoch. *casu* 374. *nu.* 91. [h] *l. Lege Iulia* 8. *ff. eod. tit.* Menoch. *d. casu* 394. *num.* 86. [i] *l.* 6 *C. hoc tit.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 93. *l.* 7. *C. hoc tit.* Cravetta *consil.* 697. Thesaur. *decis.* 35. Fachin. *lib.* 10. *controv.* 5. Petr. Frider. Mindan. *lib.* 1 *de process. extrah. cap.* 24. *nu.* 2. & *seq.*

22 Sequitur de vi publica, quæ sine armis committitur. Sine armis committit hanc vim, qui turbæ seditionisve faciendæ consilium init, [a] qui ex incendio præter materiam, id est, sine armis aliquid rapit, [b] qui fœminam vel puerum aut quenquam alium possessorem domo agróve suo, aut sua navi dejicit, expugnat, [d] qui cœtu, concursu, turba, seditione incendium facit, quive hominem dolo includit, facitve, quò minus quis sepeliatur, quóve magis funus diripiatur, quive per vim aliquem obligat, [e] qui item vacantem vel nuptam mulierem sine armis rapit, [f] vel rapit absque armis puerum ingenuum, [g] quive dolo malo facit, quò minùs judicia tutò exerceantur, aut judices, ut oportet, judicent, qui cùm potestatem imperiúmve habet, aliter quàm jus erit, decernit, imperat, facit, quive pecuniam ab aliquo invito polliceri publicè privatimve per injuriam exegerit, [h] qui nova vectigalia exercet. [i]

[a] *l.3. in princ. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 78. [b] *d.l.3. §. item tenetur, ff. hoc tit.* [c] *d.l.3. §. praterea, ff. d. t. l. marita* 29. *§. ult. & l. vim passim* 39. *in prin. ff. ad leg. Iul. de adulter.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 81. [d] *l.4. ff. eod. tit.* [e] *l.5. in princ. ff. h. t.* De homine incluso extat quoque textus, *in l.3. C. eod. tit.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 80. Vbi de incendio agit, *& nu.* 84. Vbi de eo, qui hominem includit *& nu.* 84. Vbi de illo, qui aliquem sepelri vetat, aut funus diripit. [f] *d.l.5. §. ult. ff. dict. tit. & l.3. C. eodem tit.* Menoch. *d. casu* 394. *nu.* 81. [g] *l. & eum* 6 *ff. hoc tit.* [h] *leg. qui dolo malo* 10. *in princ. ff. eod.* Menoch. *dict. casu* 394. *nu.* 87. 88. 89. [i] *l. ult. ff. eod.* Menoch. *eod. casu nu.* 92. obstare videtur *lex unic. §. item* 15. *ff. d. l. Iul. ambitus.*

23 Hujus quoque ordinis est ille, qui sciens dolo malo raptum hominem servat raptori.

per l. penult. C. ad l. Iul. de vi pub. vel priuat., Menoch. *d. casu* 394. *nu.* 95.

24 Dicendum nunc de pœna vis publicæ: ea est vel ultimum supplicium, vel deportatio; vel bannum imperii, vel relegatio.

l. quoniam 6. *C. ad l. Iul. de vi pub. vel priuat. l. qui dolo* 10. *§. ult. ff. eod. tit. & §. item lex Iul. Instit. de pub. judiciis.* Honded. *volum.* 1. *consultat.* 105.

25 Ultimo afficitur supplicio, qui convocatis hominibus armatis aliquem occidit. [a] vel per vim quandam fœminam rapit. [b]

[a] *l. quoniam* 6. *Cod. ad leg. Iul. de vi publ. vel priuat.* Item *l. qui dolo* 10. *§. penult. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* [b] *l. 5. §. ultim. ff. d. t. unic. C. de rap. Virg. & §. sin autem per Eum Instit. de pub. jud. limitres* 29. *§. ult. l. vim passim* 39. *in princ. ad l. Iul. de adult. sed de raptu mulieris diff. superiori egimus.*

Similiter,

Similiter, qui per civitates & agros, juxta se bucellarios, vel Isauros, id 26
est latrones armatósve servos habuit, post exactam, centum librarum auri, condemnationem, capitali supplicio feriri jubetur. Magistratus quoque hujusmodi facinus, qui dissimulat, non modo dignitatis, & administrationis, cingulo privatur, sed & post centum librarum auri solutis vitæ suæ pœnam multamq; sustinet, tum etiam ejus apparitores primarii præter amissionem fortunarum suarum capitali supplicio feriuntur.

l. ult. C. ad leg. Iul. de vi publ. De hisce latronibus est quoque textus *in l. provinciarum* 10. *C. de fer.* & de illis scribit post Alciatum Franciscus Duaren. *lib. 2. disput. cap. 12.*

Autores quoque seditionis & tumultus, populo adversus magistratum 27
concitato, ex Carolin. Constitut. quandoque pro magnitudine & qualitate criminis gladio feriuntur: interdum verò virgis cæsi de provincia vel civitate, vel pago pelluntur.

Peinliche Halßgerichts Ordnung/ Keyser Carls deß V. *articul.* 127. Cui propemodum consonat *l. 1. & 2. C. de seditiosis & l. si quis aliquid* 38. *§. autores. ff. de pœnis.* De seditiosorum pœna agit quoque Nicol. Boer. *tract. de seditiosis, cap. 7. nu. 28.*

Hi item, qui ædes alienas, aut villas expilaverunt, effregerunt, expugna- 28
runt. siquidem in turba cum telo fecerint, capite puniuntur.

l. penult. ff. ad l. Iul. de vi pub. Nicol. Boer. *d. tract. de seditiosis cap. 7. nu. 29.*

Sic & incendiarii non tantum Iustinianeo, [a] sed & Carolino jure supplicio afficiuntur ultimo, & quidem igne comburūtur, quandoq; verò eodem Iustinianeo jure pro qualitate delicti, & personæ cōditione deportantur. [b] 29

[a] *l. capitalium* 28. *§. incendij, ff. de pœnis l. qui ædes. 9. ff. de incend. ruin. naufr.* Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artic.* 125. ubi Doctores *in notis.* [b] *l. ult. §. 1. ff. de incend. ruin. naufr.* vide tractat. *meum singular. de incendiariis. nu.* 54. *& seqq.* Dn. D. Besold. *Vol. 2. consil. 74. fol. m.* 308. Gail. 2. *obser.* 22. *num.* 6. Mynsing 6. *obser.* 88. *nu.* 6. Rauchbar. *part. 2. quæst.* 10. *nu.* 7. Ioseph. Ludovic. *decis.* 25. *nu.* 5. *& seq.* Berlich. *part. 4. conclus. 4. num. 4. & seqq.* qui omnino videndus.

Viles item infamesq; personæ, & hi qui bis aut sæpiùs violentiam perpe- 30
trasse convincentur, capitis pœna plectuntur.

[a] *l. servos* 8. *in princip. C. ad l. Iul. de vi publ. Iul. Paul. lib. 5. sentent. tit. 26. in fin. princ.* & ibi Cujac.

Quod attinet deportationis pœnam, ea ex lege Iulia de vi publica in 31
omnes hujus criminis reos convertitur, qui ex certis causis capitali pœna non plectuntur.

l. qui dolo 10. *§. ult. ff. ad l. Iul. de vi pub. & §. item lex Iulia de vi pub. l. quoniam* 6. *ibi aut deportatione insula. & l. seq. in fine C. ad l. Iul. de vi pub. vel privata.* Cujac. *ad Iul. Paul. lib. 5. sentent. tit. 26. in fine princ.*

Ex novis tamen imperialibus constitutionibus, qui pacem publicam 32
convocatis & coadunatis armatis hominibus multis, [a] dolo malo violavit, in bannum imperii damnatur, & declaratur, wird in Römischer Keyserlicher Mayest. vnd deß Heiligen Reichs Acht gesprochen/ vnd erklärt. Ita ut ab omnibus in persona, & rebus impunè offendi possit. [b]

[a] Tria potissimum requiruntur, ut ob pacem violatam in bannum declarari quis possit. Primò vis publ. Secundò vis armata, quæ fit convocatis & coadunatis hominibus, & quidem

multis non uno atq; altero. Tertiò dolus malus, & destinata voluntas offendendi. Andr. Geil. *lib.* 1. *de pace publ. cap.* 7. [b] Reichs Abschied zu Wormbs *de Anno* 1495. *pag.* 25. *tit.* die Peen der Friedbrecher/ Reichs Abschied zu Augspurg *de Anno* 1500. *pag.* 46. *fac.* 2. *tit.* von der Peen der Uberfahrer/ dieser Ordnung. Reichs Abschied zu Wormbs *de Anno* 1521. *pag.* 123. *fac.* 2. & *pag. seq. tit.* die Peen alle Friedbrecher/ Reichs Abschied zu Augspurg *de Anno* 1538. *pag.* 44. *fac.* 2. *in fine* & *de Anno* 1555. *pag.* 158. And. Geil. *lib.* 2. *de pace pub. cap.* 1. & *seq.* Sichard. *ad l.* 5. *nu. C. de pignor.* & *hypoth.*

33 Relegationis autem pœna, (ut & suprà attigimus) interdum convertitur in eos, qui seditionem, & tumultum adversus magistratum dolosè concitarunt.

Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *d. tit.* 127.

34 Quamvis autem olim etiam amissione bonorum multabantur rei hujus criminis: [a] attamen Novell. const. reorum bona confiscari vetat, si supersint liberi, vel parentes, usque ad tertium gradum. [b]

[a] *d. l. si quis* 7. *in fine C. ad l. Iul. de vi pub.* & *l. in prin. ff. de bonis damnatorum.* [b] *Novell.* 134. *cap. ult. Authentica, Bona damnatorum, C. de bonis proscriptorum,* sed vide Nic. Boer. *tract. de seditiosis cap. ult. num.* 30.

35 Quòd si ex moribus alicubi, bona reorum criminis hujus publicentur, quæstionis est, an & castrense & adventitium peculium filiifamiliâs hac de vi damnati, in publicationem veniant? Autoritas juris id negare nos jubet, etiamsi pater in adventitio peculio usumfructum non habeat.

l. 3. *C. de bonis damnatorum* & *l. pen. C. qui testam. facere poss.* Vide Fachin. *lib.* 9. *controvers. cap.* 47. & *nu. seq.*

36 Est & illud hîc monendum, quod judex gravi infamia notandus est, si violentiæ crimen apud se probatum distulerit, seu omiserit, vel impunitate donaverit, aut leviorem, quam leges constituerunt pœnam protulerit.

l. servos 8. §. *ult. C. ad leg. Iul. de vi publ. vel privat.* Tiraquell. *tract. de pœnis temperandis aut remittendis in præfatione, num.* 1. & *seq.* ubi longo stylo & pleno calamo hanc examinat quæstionem, an judex remittere, aut minuere possit pœnam lege vel consuetudine definitam & receptam.

37 Sequitur de vi privatâ. Vis Privata est delictum publicum, [a] quo quis inermis [b] per vim [c] securitatem privatam [d] violat.

[a] *l.* 1. *ff. de publ. judic.* [b] & *l. si quis* 5. *ff. ad leg. Iul. de vi privat.* §. *qui autem aliquem vers. sed de vi privat. instit. de interdict.* §. *item l. Iulia Instit. de publ. judic.* Iodoc. Damhoud. *in praxi sua criminali cap.* 100. *num.* 1. Gomez. *Tomo* 3. *cap.* 4. *vers. aliquando,* & *secundo.* Clarus *lib.* 5. §. *finalis quæst.* 83. *num.* 5. [c] *l.* 1. *in princip. ibi, vi privata,* & §. 1. *ibi de vi privata, l.* 2. *ibi vim fecerit, l.* 3. *ibi, ad vim l.* 4. *ibi, de vi privata, l.* 5. & *l.* 6. *ff. ad leg. Iuliam de vi privata* [d] *ut arguit l.* 4. *in principio* & §. 1. & *l.* 6. *ff. ad l. Iul. de vi privat. l.* 1. *l.* 5. *C. ad leg. Iul. de vi publ. vel privat.* Hoc igitur membrum addimus ad differentiam vis publ. quæ & ipsa quandoque ab inermi infertur. Andr. Gerhard. *decad.* 19. *quæst.* 9. *prope finem.*

38 In hac vi spectamus tùm modum, quo ea committitur, tùm pœnam rei hujus criminis.

39 Modus inferendi hanc vim multiplex est, ut si quis ex naufragio dolo malo quid rapuerit, [a] si convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur, pulsetur, neq; homo occisus erit, [b] nec interest liberos, servos, suos an alienos, quis ad vim faciendam convocaverit. [c]

[a] *l.* 1. §1.

[a] *l.1.§.1.ff.ad l. Iul.de Vi priv.* Menoch. *lib.2. de arb. jud. Cent. 5. caſu* 394. *n.* 99. [b] *l.2. ff. hoc tit. & l.4.C. ad l. Iul. de Vi pub. Vel priv.* Menoch. *dict. caſu* 394. *nu.* 100. Sed obſtare videtur *l. qui dolo* 10. *§. penult. ff. ad l. Iul. de Vi publ.* [c] *l.3. ff. ad leg. Iul. de Vi priv.*

Committitur item hæc vis, cùm aliquis per injuriã ex bonis alienis ſine convocatis hominibus, item abſque pulſatione quid rapit: [a] tum etiam, ſi quis cœtum & coucurſum fecerit, quo minus aliquis in jus produceretur, aut quæſtionem de alterius ſervo habuerit. [b] 40

[a] *d.l.3. §. ultim. ff. d.t. & l.4. in princ. C. ad l. Iul. de Vi pub. Vel priv.* [b] *l.4. ff. ad leg. Iul. de Vi priv.*

Hæc quoque vis conferrur in aliquem, cùm quis alium ex ſuo agro hominibus congregatis ſine armis dejicit, [a] vel ſine judicis autoritate res debitoris per vim occupat, [b] etiam ingrediendo in poſſeſſionem fundi. [c] 41

[a] *l.5. l.pen. ff. ad l. Iul. de Vi priv.* [b] *l.pen. & l.ult. ff. d. tit. l. extat* 13. *ff. quod metus cauſa* [c] *l. in poſſeſſionem* 5. *C. ad l. Iul. de Vi pub. Vel priv.*

Similiter crimen hoc commitunt, qui improbè coëunt in alienam litem, ut quicquid ex condemnatione in rem ipſius redactum fuerit, inter eos communicetur. 42

l. ex ſenat. conſ. 6. *ff. ad l. Iul. de Vi priv.* Menoch. *dict. caſu* 394. *nu.* 104.

Denique hæc infertur vis, cùm aliquis ob debitum viri, vel civile munus, res uxoris pignori capit. 43

l.1. C. ad l. Iul. de Vi pub. Vel priv. Menoch. *d. caſu* 394. *nu. ult.*

Succedit pœna rei hujus criminis, ea autem jure ſcripto eſt relegatio, [a] & amiſſio tertiæ partis bonorum, [b] tum etiam infamia. [c] 44

[a] *l. quoniam ibi. & non jam relegatione,* ubi gloſs. C. *ad l. Iul. de Vi pubi. Vel priv.* & ibi Cujac. *in paratit.* Iul. Paul. *lib. 5. ſentent. tit.* 26. *§. l. Iulia de Vi priv. in fine,* & ibidem Cujac. [b] *l.1. in pr. & l. ult. ff. ad l. Iul. de Vi priv. & l.2. C. ad l. Iul. de Vi pub. Vel priv. §. item l. Iul. Inſtit. de pub. judic.* Iul. Paul. *d. lib. 5. ſent. tit.* 26. *§. l. Iul. de Vi priv. in fine* [c] *d.l.1. in pr. & l. ult. ff. ad l. Iul. de Vi priv.* Iodoc. Damhoud. *in praxi criminali cap.* 100. *n.* 8.

Sed nunquid etiam verus uſufructuarius hoc de crimine damnatus, tertiam partem ſui uſusfructus amittit? & magis eſt, ut dicamus, perceptione uſusfructus pro parte tertia eum mulctari, eamque partem non proprietario, ſed fiſco cedere, quàm diu uſufructuarius vivit. 45

arg. l. ſi poſtulaverit 27. *§. jubet lex. ff. ad l. Iul. de adulter.* atque ita poſt Bart. & alios, quos refert, ſentit Anton. Gomez *in commentar. variarum reſolut. juris, tomo* 2. *cap.* 15. *num.* 18. vide quoque Fachin. *lib.* 9. *controverſiarum cap.* 50.

Qui tamen ex naufragijs aliquid diripuerunt, etiam ex conſtitutionibus extra ordinem judicis arbitrio ſeveriſſimè puniuntur. 46

l.1. §. ult. ff. ad l. Iul. de Vi privata, l.4. §.1. ff. de incendiario, ruin. naufr. & l. de ſubmerſis 3. *C. de naufr.*

Volunt etiam doctores noſtri, [a] & publicam & privatam vim hodie judicis arbitrio coërceri. 47

[a] Quos recenſet Menoch. *lib.2. de arbitr. jud. cent.4. caſu.*394. *num.*1.

Hinc quæri poteſt, an criminis pœna judicis arbitrio relicta, etiam ad mortem ab ipſo extendi queat? Id quod nos, ſi gravitas criminis hoc deſideret, omninò putamus. 48

Tum *per l. lex Iulia 7. §. ult. ff. de lege Iulia repetundarum & l. 1. C. de his qui latrones vel alijs crim. reos occult. l. 1. ff. de receptatoribus.* Tum *l. 1. §. 1. verſ. quibus nulla. ff. de effractoribus. l. perſpiciendum 11. in princ. & l. hodie 13. ff. de pœnis.* Tùm etiam *l. 3. C. ex quibus cauſis infamia irrogatur.* Tùm denique *l. non omnes. 5. in princ. & §. 1. & ſequent. ff. de re milit. arè & l. pedibus 4. §. 1. in fin. ff. de incend. ruin. naufr. etc.* de hac quæſtione vide quoque latè diſſerentem Maran. *diſput. 3.* Anton. Gomez. *in Commentar. Cartar. reſolut. Tomo 3. cap. 6. num. 8.* Iul. Clarum *in lib. 5. ſententi. §. finalis nu. 11.* Giurbam *conſil. 6.* Hunn. *de jurisdict. cap. 3. queſtion. 7.* Me *de jurisdict. cap. 5. nu. 68.* Berlich. *part. 5. concluſ. 61. nu. 56.* Matth. Colet. *de cauſ. 161. nu. 5. part. 1.* Fachin. *lib. 9. controv. 45.* Proſp. Farinac. *lib. 1. prax. crim. tit. 3. quæſt. 17. nu. 34. & ſeqq.* Menoch. *de arbitr. jud. quæſt. lib. 1. caſ. 86. num. 10. & ſeqq.*

49 Cum delicto vis proximum ſit crimen fractæ pacis, non inconveniens eſſe duximus ſequentia ſubjicere themata.

Vide Gilhauſen. *in arbor criminal. cap. 2. tit. 9.*

50 Procurator in cauſa fractæ pacis admittitur.

Per text. in ordinat. Cam. part. 1. tit. 25. Geil. *lib. 1. de pace pub. cap. 10. num. 8.*

51 In eadem cauſa judicium non à captura rei, ſed ab ejus citatione inchoatur, etiamſi factum ſit notorium.

Geil. *dict. lib. 1. cap. 9. nu. 6.*

52 Perſonæ etiam Eccleſiaſticæ immediatè Imperio ſubjectæ in cauſa fractæ pacis accuſationem inſtituere & conveniri poſſunt.

Per ordinat. Cameræ *part. 2. tit. 5. & tit. 9. verſ.* wir wollen auch/ Geil. *dict. lib. 1. cap. 8. num. 5. & ſeq.*

53 Reconventio in hac cauſa nõ admittitur actore contra eam excipiente.

Geil. *d. lib. 1. cap. 12. num. 4. 7. 9. 10. 13. & 14.*

54 In eadem cauſa & ante, & poſt ſententiam tranſactio permiſſa eſt, ſalvo tamen jure fiſci.

Ordinat. Camer. *part. 2. tit. 18.* Mynſinger. *cent. 2. obſervat. 79.* & Andr. Geil. *lib. 1. de pace publ. cap. 11. num. 16.*

55 Exceptiones peremptoriæ in cauſa fractæ pacis litis conteſtationé non impediunt, cum principale negocium reſpiciant.

Ordinat. Camer. *part. 3. tit. 27. §. 1.* Geil. *d. lib. 1. cap. 11. nu. 9. & 10.*

56 Vnde exceptiones, quibus negat reus fractam à ſe pacem, poſt cœptum litis conteſtatione judicium, proponi debent: quæ ſi probentur, reus à citatione abſolvitur, cum refutione expenſarum.

Mynſinger. *cent. 2. obſerv. 27. & cent. 5. obſerv. 98.*

57 Qui agit ex conſtitutione fractæ pacis & factum ipſum, & facti qualitatem probare debet, manum ſcilicet armatam, vim publicam, & dolum ex propoſito.

Andr. Geil. *dict. lib. 1. cap. 12.*

58 Sufficit autem probatio ſoliùs conatus; quippe cum ex conſtitutione fractæ pacis tàm conatus, quàm effectus puniatur.

Ordinat. Cameræ, *part. 2. tit. 9. §.* So jemands / *ibi, oder zu handlen unterſtehen würden.* Geil. *d. lib. 1. cap. 14.* Schwanman. *obſervat. 30. per tot.*

59 Et qui ſeorſim ex conſtitutione fractæ pacis ad damnum vel ſpolium agit, non minùs qualitates fractæ pacis probare tenetur, quàm ſi ad pœnas ageret.

Mynſ.

Mynſing. *cent.2. obſerv.* 29.

In cauſa fractæ pacis articuli in contumaciam non reſpondentis pro confeſſis acceptari non debent. 60

And.Geil. *dict. lib.1.cap.*15. *num.*3. *& ſeqq.*

Excuſatur autem reus à pœna fractæ pacis, qui hoſtem ſuum diffidatum in alieno territorio vi armata cepit. 61

Mynſing. *cent.* 2. *obſerv.* 28.

Pœna fractæ pacis publicæ non tantum eſt corporalis, veluti bannum; per quod reus bona & corpus perdit, ſed eſt quoque pecuniaria, 200. marcarum auri puri, & amiſſio privilegiorum à Cæſare indultorum. In arbitrio autem actoris eſt, vel unam pœnam eligere, vel omnes conjungere. Et ſi utraque petita ſit pœna, mortuo reo, corporalis pœna in heredes non convertitur. 62

Mynſing. *cent.*5. *obſerv.* 78.

Et licet ad pœnam corporalem ſit actum, ea tamen ex juſta cauſa in pecuniariam mutari poteſt. 63

Mynſing. *cent.* 2. *obſerv.* 30.

Reo lite pendente mortuo Accuſator in cauſa fractæ pacis procedere poteſt & tenetur hæres litem reaſſumere. 64

Mynſing. 1. *obſ.* 98. Schvvanman. *obſerv.* 35. Ego *de diffidationib. num.* 26. *& ſeqq.*

CLASS. IV. DISPUTATIO XIV.

DE OMNI HOMICIDIO, ET doloſo incendio.

THESIS I.

NVNC de homicidio & doloſo incendio videbimus. HOMICIDIVM in genere, eſt hominis cædes. [a] Idque criminoſum eſt, ein fürſetzlicher muthwilliger Todtſchlag; vel crimine caret. [b]

[a] Vt arguit vis nominis Sic teſtamentum eſt teſtatio mentis §. 1. *Inſt. de teſtam. ord.* [b] *l.*4. *l. ſcientiam* 45. §. *qui cùm alter. ff. ad leg. Aquil. l.*1. §. *pen. l. infans* 12. *ff. ad l. Cornel. de ſiccar. l.*1. *& ll. ſeqq. C. eod. tit.* Vide tractat. Meum *de omnis generis homicidio. &* Valentin. Volzium *ad L. Cornel. de ſicar.*

Criminoſum homicidium, eſt publicum crimen, [a] quo quis doloſo occidendi animo [b] hominem necat.

[a] *l.*1. *ff. de publ. jud. &* §. *item lex Cornelia de ſicariis, junct. Rub. Inſt. de publ. Jud.* [b] *l.* 1. §. *dicimus & l. in lege* 7. *ff. ad l. Cornel. de ſicar. l.* 1. *C. eod. tit.* Andr. Geil. *lib.*2. *obſerv. pract. obſerv.* 100. *nu.*1. *&* 2. Vide *Me dict tractat. cap.*2 *nn.* 1. *& ſeqq.*

Indubitatè autem doloſo occidendi animo necare dicitur, qui gladium ſtringit, & eo hominem percutit: non etiam qui clavi percutit, aut cucumâ in rixa. 3

d. l. 1. §. *dicimus. Verſ. indubitatè, ff. h. tit.* Didac. Covar. *ad Clement ſi furioſus. tit. de Homicid. in princ. Relect.* 2. *nu.* 2. *Verſ. Quarto.* Petr. VVeſenb. *conſil.*40. Mezger. *conſil. crimin.*3.

Quæ-

4 Quæritur de eo, qui lapide, fuſte, vel cultello, percuſſit hominem, an animo occidendi percuſſiſſe videatur? Et hoc judicis arbitrio relinquendum putamus.

Menoch. *de arbitr. judic. lib. 2. cent. 4. caſu* 361. Joſephus Maſcard. *de probat. Vol. 1. concluſ. 97. nu. 20.* Ioh. Gœdd. *ad l. armorum 41. n. 13. & 14. ff. de verb. ſignif.* vide etiam Didac. Covarr. *ad d. Clem. ſi furioſus. in initio. Relect. 2.* VVeſemb. *in parat. ff. ad l. Cornel. de ſicar. num. 9.*

5 Nulla autem hic differentia habetur, cujus conditionis hominem quis interemerit, marem vel fœminam, liberum vel ſervum, nobilem vel plebeium. [a] Quin etiam animatum fœtum in utero materno qui necat, homicida eſt. [b]

[a] *d. l. 1. §. & qui, ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* [b] *l. ſi quis aliquid 38. §. qui abortionis & l. ſeq. ff. de pœnis c. quod vero & c. ſeq. 32. quæſt. 2. & c. ſi quis. Extra de Homicidio.* Sed vide *l. ſi mulierem 8. ff. ad leg. Cornel. de ſicar. l. 4. ff. de extraord. crimin.* Vide etiam Didac. Covarr. *ad Clement. ſi furioſus tit. de Homicid. Relect. 2. §. 3. num. 1. & lib. 2. Variarum reſolut. cap. 20. num. 10.* Gomez. *Var. reſolut. tom. 3. cap. 3. num. 32.* Farinac. *in prax. crimin. part. 4. tit. de pœna poculum dantis. quæſt. 122. part. 5. num. 91. & ſeqq.* Berlich. *part. 4. concluſ. pract. 8. nu. 2. & ſeqq.* Boeckel *in diſp. de judic. public. diſquiſ. 7. pag. m. 247.* Fachin. *lib. 10. controv. 4. adde infra theſ. 41. & ſeq. hujus diſſert.* Peinliche Halßgerichts-Ordnung/Keyſer Carls deß *V. Articulo* 131. *&* 133.

6 Qui item ſibiipſi, malâ conſcientiâ, mortem conſcivit, homicidam dicimus, [a] cùm nemo ſuorum membrorum [b] ſit dominus.

[a] *l. liberorum 11. §. non ſolent, ff. de his qui not. infam. l. 3. ff. de bon. eor. qui ante ſentent. mort. ſibi conſciver. l. 1. & 2. C. d. t.* [b] *l. liber homo 13. in princ. ff. ad l. Aquil.* Peinliche Halßgerichts-Ordnung Keyſer Carls deß *V. artic.* 135. De autochir 14. late agit Dn. D. Beſold. *lib. 3. de vit. & mort. conſider. polit. cap. 1. pag.* 100. Vaſquius *illuſtr. quæſt. lib. 1. cap. 11. num. 1. & ſeqq.* Bulæus *diſcurſ. 1. concluſ. 26. pag. 74.*

7 Cæterùm ſpecies criminoſi homicidij ſunt: Homicidium, ita ſpecialiter dictum, Veneficium, & Parricidium.

8 Homicidium eſt, cùm quis extraneum [a] aliquem, telo vel armis [b] occidit; quem jura ſicarium appellant. [c]

[a] *Ad differentiam Parricidij l. utrum 6. in fin. ff. de leg. Pomp. de Parricid.* [b] *ad diſcrimen Veneficij.* [c] *t. t. ff. & C. ad l. Corn. de ſicar.*

9 Hujus inſpectio duplex ſit: una de ipſo Homicidio; Altera de homicidæ Pœna.

10 Homicida alius propriè homicida eſt, alius pro homicida habetur.

l. 1. §. Divus, ibi, pro homicida damnandum & l. nihil intereſt 15. ff. h. t. Sic adulter alius propriè eſt adulter, alius pro adultero habetur, ſive quaſi adulter eſt. *l. auxilium 37. §. 1. ibi, quæ pro adulterio, ff. de minorib. & l. ſi quis adulterium 33. §. ultim. ibi, qui eſt adultera, ff. ad l. Iul. de adulter.* Ego *in tr. de homicid. cap. 3. nu. 6.*

11 Homicida propriè eſt, qui hominem verè occidit, [a] & quidem per ſe non per alium. [b]

[a] *d. l. 1. in princ. ibi. Qui hominem occiderit & §. Divus verſ. & qui hominem non occidit. ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* [b] *d. l. nihil intereſt 15. ff. d. t.* Ego *dict. tr. c. 3. nu. 7.*

12 Hic ſi mercede vel precibus ab aliquo conductus fuerit, ad cædem alicui inferendam, ex communi ſignificatione Aſſaſinus appellatur.

c. 5. §.

a.3.§. cum igitur illi & §. sacri, tit. de homicid. in 6. Menoch. *lib.2.de arbitr. judicum cent. 4.casu 360.nu.42.* Lud. Carer. *in practic. criminali pag.* 137. *& seqq.* Damhoud. *in pract. rer. crim. cap.83.nu.1.* vide Didac. Covar. *lib. 2. Var.resol. cap. 20. nu.* 10. Clarum *in §. Assassinus, & Dd. quos refert* Hippol. Bona Cossa *in quæstionib. crim. in verbo: Assassinus,* & Duar. *lib. 2. disput. 12. in fine.* Speckhan. *cent. 3. class.2. quæstion.* 3. Gilhausen. *in arbor. crimin. cap. 2. ter.* 13. Assassinus quis sit & unde dicatur Vide *Mev. dict. tr. de homicid. c. 3. num.*14. Sed an proxeneta in Assassinio mortis pœna affici possit vide Giurb. *cons. 7. per tot.* qui per sua consilia multos de Assassinio proponit casus, & in hac materia omnino consulendus. Vide insuper Honded. *vol. 2. consil.* 93.

Pro homicida qui habetur, non unius, sed triplicis est generis. PRIMUM genus complectitur eos, qui ipsi quidem, per se, aliquem occidere laborant, eorum tamen voluntas exitum non habet; ut qui hominis occidendi causa cum telo ambulant; [a] quique vulnerant aliquem, ut occidant eum. 13

[a] *l.1. in pr. ff. ad l. Cornel. de sicar. & l. is qui cum telo 3. C.d.t. & §. item lex Cornelia. Inst. de pub. judic.* [b] *d.l. 1. §. Divus. ff. ad l. Cornel. de sicar.*

Sed quæstio est quotidiana, utrum vulneratus, si ex intervallo mortuus sit, ex vulnere mortuus præsumatur, hoc est, vulnus illud lethale fuerit, nec ne? Communis autem Dd. conclusio est, quod hic recurrendum sit ad judicium Medicorum. 14

Per text. in c. significasti nobis, quod cum quidam 18. *§. & quidem. Extr. de homicid. & l. semel 6. C. de re milit. lib.* 12. Andr. Gail. *lib. 2. observ. pract. observ.* 111. *num.* 1. *& seqq.*

SECUNDUM genus eos continet, qui operam dant, ut quis alio modo, quàm à se directò occidatur; Vt sunt, qui mandant aliquem necari; [a] Item Magistratus, vel qui publico judicio præest, si operam det, quò quis falsum Iudicium profiteatur, ut aliquis innocens conveniatur, & condemnetur; [b] aut idem in capitali causa pecuniam accipiat, ut quis publicâ lege reus fiat: [c] tùm etiam qui falsum testimonium dicit, quo quis publico judicio rei capitalis damnetur: [d] Qui item falsa judicia confitetur, confitendave curat, quò quis innocens circumveniatur: [e] Et qui sciens patitur familiam suam, adipiscendæ, recuperandæ possessionis causa, arma sumere, [f] quique seditionis autor est, vel naufragium suppressit, & qui liberos suos, maximè infantes, in locum solitarium abjiciunt, ubi inediâ pereant, vel à bestijs consumantur; [g] Qui denique servum suum sine judice, ad bestias depugnandas vel dat vel vendit. [h] 15

[a] *l. Nihil interest 15. ff. ad l. Cornel. de sicar.* vide Didac. Covar. *ad Clement. si furiosus. tit. de Homicidio. Relect. 2. §. 1. num.3.* [b] *d.l.1. in princ. ff. d. tit.* [c] *dict. l. 1. §. 1. ff. cod. tit.* [d] *d. l. 1. §. 1. ff. d. tit.* [e] *l.3. §. item si, Gerfic. & qui falsa judicia, ubi gloss. ff. h. tit.* [f] *d. l.3. §. item si, cujus familia. ff. eod.* De autore seditionis, est quoque nova sanctio Caroli V. In der peinlichen Halßgerichts-Ordnung. *artic.* 127. [g] Peinliche Halßgerichts-Ordnung Keyser Carls deß V. *artic.* 132. *l. necare.* ubi Bartol. & alij. *ff. agnosc. & alend. liber. & l. 2. C. de infant. & expos. & l. nihil interest 15. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* [h] *l circumcidere 11. §. 1. & 2. ff. d. tit.*

TERTIUM genus comprehendit eos, qui libidinis vel promercij causa, hominem castrant, qui spadones, aut Thlibias faciunt, [a] & qui Christianos circumcidunt. [b] 16

[a] *d.l. ejusdem legis. 3. §. item is, Gerf. & qui hominem. l. lege Cornelia. 4. §. 1. & 2. l. hi quoque 5.*

l. si qui sectum. 6. ff. ad l. Cornel. de sicar. [b] *l. circumcidere. 11. in princ. ff. eod. tit.* Vide tract. meum de homicidio cap. 3. lib. 1. num. 62.

17 Sequitur de POENA HOMICIDARUM, & eorum, qui pro homicidis habentur. Homicidæ ex lege Cornelia de ſicarijs, & conſuetudine poſt recepta, deportatione, & omnium bonorum ademptione puniuntur, ſi honeſtiore loco poſiti ſint: Humiliores verò, ex moribus capite puniebantur; [a] jure autem Iuſtinianeo, [b] & ex Carolinia ſanctione, [c] gladio plectuntur, quæ pœna conſonat juri divino. [d]

[a] *l. 3. §. penult. & l. penult. ff. ad l. Cornel. de sicar.* [b] *§. item lex Cornelia. Inſtit. de public. judic. & l. si quis 8. Cod. ad l. Cornel. de sicar.* [c] Peinliche Halßgerichts-Ordnung/ Keyſer Carls deß *V. artic.* 137. & 148. [d] *Matth. cap. 26. verſ. 52. & Johan. in Apocalypſi cap. 13. num. 10.* Excellentiſs. Dn. Beſold. *in practicis ad l. 1. de Iuſt. & Iur. quæſt. 24.* Matth. VVeſemb. *conſil. 114.* Coepen. *lib. 2. obſer. 1.*

18 Quid verò ſi primò ictu non amputetur caput homicidæ, erit ne dimittendus?

Negamus. per text. Peinliche Halßgerichts-Ordnung. *artic. 137.*

19 Quòd ſi in rixa percuſſus homo perierit, ictus unicujusque in hoc collectorum contemplari oportet, [a] ut ſi appareat, cujus ictu perierit homo, is gladio puniatur. Sin à pluribus, de quibus certò conſtat, dolo mortiferè percuſſus, ictus & vulneratus ſit, nec liqueat, cuj' manu & ictu verè ſit occiſus; tunc omnes illi, qui ita læſerunt, tanquam homicidæ gladio puniuntur. [b]

[a] *l. ult. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Sed ea lex diligenter expendenda propter *l. 1. §. Decus. ff. eod. tit.* [b] Peinliche Halßgerichts-Ordnung. *artic.* 148 Geil. *lib. 2. obſer.* 109. *num.* 10. Et Mevius *lib. 2. de arbitr. judic. cent. 4. caſu* 362. Vide Roland. à Valle *conſ. 63. num. 16. volum. 2.* & Petr. Aurelianenſ. *Pract. labellorum c. 99. nu. 29.* VVeſemb. *in par. tit. ff. h. t. nu.* 19. Excell. Dn. D. Beſold. *vol. 2. conſil. 30. & part. 2. delibat. fol.* 152. Elegantiſſimè Marius Giurba *conſil. 2. per tot.* adde Berlich, *tom. 4. concluſ. 11.* Honded. 1. *conſil. 99.* Speckhan. *cent. 1. quæſt. 42.*

20 Latrones verò eodem Carolino jure, rotâ tunduntur, [a] atq; hoc ſupplicio vitâ orbati, jure quodammodo Iuſtinianeo, moribus recepto, rotæ ipſi, & plerunque eodem loco, quo homicidia fecerunt, imponuntur, ut & conſpectu deterreantur alij, ab ijſdem facinoribus, & ſolatio ea res ſit cognatis & affinibus interemptorum.

[a] Peinliche Halßgerichts-Ordnung/ *dict. artic. 157. & 130.* Chilianus König in ſua *part. Rubric.* Von allerley leiblichen Straffen/ *cap.* von Peen der Straſſen Rauber.

21 Et quia Aſſaſini nihil aliud ſunt, quàm latrones, idcirco eâdem hac pœnâ eos affici debere exiſtimamus.

Iuvat hanc ſententiam noſtram, quod aliqui ex interpretibus noſtris volunt, Aſſaſinos caudæ equi alligatos trahi debere: quodque alij ſcribunt, hos in fruſtra ſcindendos eſſe, Iul. Clar. *poſt alios in §. Aſſaſinum num. 4.*

22 Quòd ſi quis primariam quandam perſonam, ein hohe fürtreffliche Perſon, vel ſuum Dominum, cujus imperio, & Iurisdictioni ſit ſubjectus, nefariè occiderit, priùs ignitis forcipibus laceratur; aut in terram proſtratus, ad locum ſupplicij ſupinus raptatur. Deindè vel gladio plectitur, vel ſi latro fuerit, rotâ ejus membra tunduntur.

Peinliche Halßgerichts-Ordnung/ *dict. artic. 137. & 130.*

Qui

Qui ipsi mortem sibi consciverunt, malâ conscientiâ ducti, è domo, in 23
qua sibi manus intulerunt, per fenestram, aut tectum foras ejiciuntur, aut sub limine domus extrahuntur, & trahæ impositi ad locum supplicij exportantur, ibique per carnificem vel coburuntur vel suspenduntur furca, vel, quod usitatius est, sepeliuntur, [a] & lugeri non solent, [b] & si in reatu mortem sibi consciverint, bona eorum, magistratui ejus loci vendicantur, modò ejus criminis rei fuerunt, ut si damnarentur, morte, aut bonis suis privandi fuissent. [c]

[a] Damhoud. *in praxi rer. criminal. cap.* 88. *n.* 1. & 9. & Ioh. Schneid. *ad §. Iuris præcepta num.* 6. ubi VVesemb. *in addit. Instit. de Iure.* [b] *l. liberorum* 11. *§. non solent, ff. de his qui not. infam.* [c] Peinliche Halßgerichts-Ordnung *artic.* 135. *l. ult. §. 1. ff. de bonis eorum qui sibi mort. conscier. l.* 1. & *l.* 2. *C. cod. tit.*

Quod attinet pœnam eorum, qui pro homicidis habentur, certè primi 24
generis, jure Iustinianeo, eadem afficiuntur pœna, quâ ipsi homicidæ.

d. §. Item lex Cornelia, Inst. de public. judic. l. 1. *in princ. vers. quæ bonum occidendi. & §. Divus. & l. Divus* 14. *ff. ad l. Cornel. de sicar.* Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. cent.* 4. *casu* 360. *n.* 36. Andr. Geil. *dict. lib.* 2. *observ. pract. observ.* 109. *n.* 12.

De consuetudine [a] verò & jure Carolino [b] qui attentavit homicidium, 25
nec tamen perfecit, non ordinaria, sed arbitraria punitur pœna, nisi proditoriè hominem occidere conatus fuerit. [c]

[a] Tiraquellus *post alios, tract. de pœnis temperandis causa* 38. *num.* 1. & *seqq.* & *causa* 49. [b] Peinliche Halßgerichts-Ordnung *artic.* 178. [c] Duaren. *ad tit. ff. ad l. Corn. de sicar. cap.* 2. *vers. Tertio ut qui cum tela.* & VVesembec. *in parat. ff. ad l. Cornel. de sicar. n.* 16. *pene.* 1. *extra de homicidio. in sexto*, Didac. Covar. *ad Clement. si furiosus tit. de homicidio. in matut veleft. secunda nu.* 10.

Hinc etiam qui mortem sibi, ex quadam impia desperatione, aut metu 26
pœnæ futuræ, consciscere voluit, sed impeditus, per alium puta, à proposito destitit, licèt capite puniri deberet; attamen ex consuetudine, arbitraria in eum pœna convertitur.

Damhouder. *in praxi rer. criminal. cap.* 88. *nu.* 13. & VVesemb. ad Schneidewin. *§. juris præcepta, n.* 6. *Inst. de just. & jur.*

Similiter secundi generis Pro homicidæ, eandem capitis pœnam, quam 27
ipsi homicidæ pendunt, sustinere jubentur, si ejus, quem necari volebant, mors inde secuta est.

Per textus thesi 15. *adscriptos.* De mandante homicidium vide Menoch. *libr.* 2. *de arbitr. judic. cent.* 4. *casu* 352. & *duob. seqq.*

Quòd si per Assassinum quis interfici quempiam Christianũ fecerit, vel 28
mandaverit, tanquã Christianæ religionis æmulus, à toto etiam Christiano populo diffidatus est ipso facto, etsi mors Christiani illius secuta nõ fuerit.

d. c. 1. *§. cum igitur, & §. sacri tit. de homicidio in* 6. De Assassinis, laxiori stylo differentes vide Dd. quorum meminimus ad *thesin* 12. *hujus disputationis.* Vide quoque D. Vultejum *ad §. item lex Cornelia, Inst. de public. judic.*

Seditionis quoque autores, qui similiter secundi ordinis sunt, inter Pro- 29
homicidas, Iure Iustinianeo, si honestiores sunt, ex lege Cornelia de sicarijs, in insulam deportantur; sin humiles fuerint, in furcam tolluntur, aut be-

stijs objiciuntur. [a] Iure autem Carolino, pro hujus delicti qualitate & conditione, vel gladio feriuntur, vel virgis publicè cæduntur, & de loco, ubi seditionem moverunt, relegantur. [b]

[a] *l. si quis aliquid* 38. *§. autores ff. de pœnis l. 3. §. item is. Vers. Item qui autor seditionis. jun. do, §. seq. ff. ad l. Cornel. de sicar. Iul. Paul. lib. 5. sententiar. tit. 22. De seditiosis, in princ.* Vbi Cu,ac. Et secundum prædicta loca intelligendæ sunt, *l. 1. & 2. C. de seditiosis.* Puniuntur item seditionis autores, pœna legis Iuliæ majestatis *l. 1. §. 1. Vers. quo&e contra conventus fiat. ff. de lege Iul. majest.* Item pœna l. Iuliæ de vi publica *l. 3. in princ. ff. ad l. Iul. de vi.* Menoch. *lib. 2. de arbitr. jud. cent. 4. casu 394. num. 78.* [b] Peinliche Halßgerichts-Ordnung Kayser Carls deß *V. artic. 127.*

30 Quod attinet eos qui liberos suos abjiciunt, corporali supplicio afficiuntur, si exposita proles, inde perierit; & quidem supplicio mortis, si in locum solitarium, ut ibi inedia periret, vel à bestijs absumeretur, exposita fuerit; Alioqui aliam corporalem pendunt pœnam. Quòd si ab alijs inveniatur ea proles viva, atque ita salvetur, arbitraria plectitur pœna parens.

Peinliche Halßgerichts-Ordnung. *artic. 132.* Vide etiam VVesemb. *in parartit. ff. ad l. Cornel. de sicar.* Gilhausen. *in arbor. criminal. cap. 2. tit. 15.*

31 Tertij generis Pro homicidæ, ex lege Cornelia de sicarijs, deportatione afficiuntur. [a] Sed D Hadriani sanctione, capite plectuntur, qui virilitatem invito alicui adimunt, & qui eam sibi sponte adimi patiuntur. [b] At jure Novellarum illi, qui personam aliquam castrare præsumunt, hoc idem, quod alij faciunt, & ipsi coguntur pati; qui si indè incolumes evaserint, in exilium mittuntur perpetuum & bonis suis privantur. [c]

[a] *Per textus sup. thes. 16. adscriptos.* [b] *l. 4. in fin. ff. ad l. Cornel. de sicar.* [c] *Novell. 142. cap. 2.* Vidè etiam *Novell. Leonis* 60.

32 Non est hoc loco omittendum, quòd pœna homicidij ordinaria, eo casu, quo de jure infligi deberet, quandoque in extraordinariam commutari potest, puta ob benemerita delinquentis, si de Principe vel Repub. sit benemeritus, aut excellens artifex, cujus operâ & industria Principi & Reip. utilis & commodo esse possit.

Per text. *in l. ad bestias* 31. *ff. de pœnis l. morte. 9. §. ille. l. divi fratres, 27. in pr. ff. eodem. l. non omnes. 5. §. fin. ff. de re militari.* Andr. Gail. postalios, quos refert & sequitur *lib. 2. observ. pract. observ. 110. num.* 39. Ego *in tr. de homicid. cap. 3. n.* 179. Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 1. quæst. 92. n.* 9. Tyraquel. *de pœn. temperand. vel remit. causs.* 49. *& seqq.* Iul. Clar. *lib. 5. sentent. §. fin. quæst.* 60. Andr. Gail. *lib. 2. observ. 110. num.* 41. Mord. *in Empor. Iur. parr. 1. tit. 1. quæst.* 10.

35 Sed an idem etiam de nobili, ob solam ejus nobilitatem, intelligendum sit, quæritur? Et quia homicidij pœna certa à jure definita est, æqualiter nobilem & ignobilem ea teneri sentimus, nisi judex ex magna & justa causa mitiùs coercendum nobilem censuerit.

Per l. 3. §. pen. ibi, nisi honestiore loco positi fuerint. ut pœnam legis sustineant. & l. pen. ibi, in honore aliqua positi deportari solent. ff. ad l. Cornel. de sicar. l. Quid ergo 13. §. Panis gravior 7. ff. de his, qui notantur infam. & tradit. postalios Tiraquellus in *Tract. de pœnis temperand. causa 51. n.* 34. *& 35.* adde Me *dict. loc. lib. 1. c. 3. nu.* 175. *& seqq. & n.* 193. *& seqq.* Farinac. *lib. 4. prax. crim. tit. 14. de homicid. quæst. 119. n.* 17. Guilhelm. Boeckel. *de publicis famosis disquis. 6. pag. m. nu. 95. & 1.* 33.

Et

Et licèt homicida minor viginti quinque annis, reus legis Corneliæ de sicariis fieri possit: [a] interdum tamen miseratio ætatis, in persona ejus ad mediocrem pœnam Iudicem producit. [b] 34

[a] *l. is qui reum 6. C. ad l. Cornel. de sicariis.* [b] *l. auxilium 37. §. 1. vers. in delicti.* Vbi Dd. *ff. de minorib. & l. ferè in omnib. 108.* Vbi Dd. *ff. de Reg. Iur.* Peinliche Halßgerichts Ordnung/ Keyser Carls deß V. *artic. 179.* Wesemb. *in parat. ff. de sicar. nu. 26.*

Sed & in eum, qui uxorem deprehensam in adulterio occidit, Divus Pius leviorem pœnam irrogandam esse rescripsit, & humiliore loco positum, in exilium perpetuum dari jussit; in aliqua dignitate positum, ad tempus relegari. 35

d. l. 1. §. ult. ff. ad l. Cornel. de sicar.

SVCCEDIT VENEFICIVM. Est autem Veneficium, cùm quis in perniciem hominis, usum mali veneni habet, quem maleficum jura appellant; ut si necandi hominis causa, ejusmodi venenum vel det, vel faciat, vel vendat, vel habeat. 36

d. l. 1. §. 1. l. 3. in prin. & §. 1. & §. 2. ff. ad l. Cornel. de sicar. Hanc materiam vide latè tractatam à Me *in dict. tract. de homicid. cap. 4. per totum* & Berlich. *tom. 4. conclus. 3. & 4.* Godelman. *tract. de magis. singular.* Gilhausen. *in arbor. crimin. cap. 2. tit. 17.*

Hujus quoque generis sunt, qui mala medicamenta, in necem hominis usurpant; [a] & pigmentarij, si cui temerè cicutam, salamandram, aconitum, pityocampas, bupreſtim, mandragoram, vel cantharidas dederint. [b] 37

[a] *§. item lex Corn. vers. ad l. Inst. de publ. jud.* [b] *d. l. 3. §. alio Senatusconsulto, ff. d. tit.*

Veneficis annumeramus etiam eos, qui mala sacrificia faciunt, habent, [a] & qui magicis & odiosis artibus & susurris in perniciem & necem hominis utuntur, [b] 38

[a] *l. ex Senatusconsulto. 13. ff. eod. hoc tit.* Iul. Paul. *lib. 5. sentent. titul. 23. §. Quia sacra impia, & §. seq.* [b] *§. item lex Corn. Inst. de pub. jud. & t. t. C. de malefic.* Iul. Paul. *d. t. magicæ artis, & ibi* Cujac.

Huc & illos referimus, qui gravidæ mulieri abortionis cibum vel poculum præbent, vel matrem vel fœminam sterilem efficiunt. 39

l. si quis 38. §. qui abortionis. ff. de pœn. Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artic. 133.* Dn. Berlich. *tom. 4. practicar. conclus. 8.* Coras. *in Senatusc. Tholos. cap. 75.* Vivius *decis. 82.* Thesaur. *decis. 12.*

Pœna veneficorum alia est eorum, qui magicis artibus hominibus obfuerunt, die durch Zauberey den Leuten Schaden oder Nachtheil zufügen; alia eorum, qui sine artibus illis, veneno, hominis vitæ aut corpori nocuerunt. Illis enim supplicio ignis vita eripitur: [a] hi verò gladio truncantur, si mares sint; fœminæ autem suffocantur aqua, vel alio modo, pro conditione, vitâ privantur. Et si primariam quandam personam, vel magistratum suum veneno interfecerint, ante prædictum mortis supplicium, in terrorem aliorum, vel ignitis forcipibus lacerantur, vel in solum abjecti, & trahæ alligati, ad supplicij locum raptantur. [b] Nec injuriâ, illo gladij vel aquæ supplicio hi venefici afficiuntur, cum plus sit hominem extinguere veneno, quam occidere gladio. [c] 40

[a] Peinliche Halßgerichts Ordnung Keyser Carls deß V. *artic. 109.* Hos olim ex constitu-

stitutione Constantii Imperat. ferialis pestis absumebat, *l. multi 6. Cod. de maleficis & mathe. mat.* [b] Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artscul.* 130. Antiquitùs verò legis Corneliæ pœnâ coërcebantur, *l. 1. in prine. & §. 3. ff. ad l. Cornel. de sicar.* [c] *l. 1. C. de maleficis & mathematicis.* Cœpen. *lib. 2. obser.* 130. Berlich. *dict. tom. 4. conclus. 5.*

41 Qui autem magicis artibus usus fuit, nemini verò nocuit, pro conditione causæ aliter punitur, [a] gladio scilicet ultore, ex civili sanctione: [b] vel Iure Canonico, aliâ quadam arbitrariâ pœnâ. [c]

[a] Peinliche Halßgerichts Ordnung. *dict. artic.* 109. [b] per textum *in l. nempe 5. & l. ult. C. de malefic. & mathemat.* [c] *per fundamenta adscripta thesi 36. disp. 10.* Hinc quæri potest, an Saga vel Venefica licet nemini nocuerit, concremari possit? Affirmativam tenet Dn. D. Besold. *Vol. 2. consil. 51.*

42 Animatum fœtum mulieris gravidæ dolo qui abigit, vel marem aut fœminam sterilem efficit, si mas sit, qui hoc facinus admisit, gladio punitur; sin fœmina, sive propriis, sive alienis visceribus hanc vim intulerit, aquâ suffocatur, vel alio modo exanimatur.

Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artic.* 133. Facit *l. si quis 38. §. qui abortionis. ff. de pœnis, l. si mulierem 8. ff. ad l. Cornel. de sicar. & l. 4. ff. de extraord. crimin.*

43 Quòd si fœtus abactus nondum fuerit animatus, arbitrariæ pœnæ locus erit, secundùm judicium Iuris peritorum.

Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *dict. artic.* 133. *Vers.* So aber. *Vide c. quod Gerò & c. seq. 32. quæst. 2.* Eachin. *lib. 10. controv. 4.* Gail. *in tract. de fertileg. quæst. 13. num. 1. & segg.* Cujac. *lib. 19. obser. 9.* Gilhaus. *in arbor. crimin. cap. 2. ter. 12. nu. 19.* An & quibus accedentibus, nominatio & assertio sociarum criminis Venefícii, indicium non solum ad inquisitionem, sed & ad torturam faciat? vide Dn. D. Besold. *Vol. 2. consil. 23.*

44 Et licèt quis non malo animo, ad conceptionem, medicamentum mulieri dederit: attamen, quia mali exempli res est, si mulier inde perierit, delinquens, ex Senatusconsulto, relegari jubetur. [a] Sic etiam qui abortionis, aut amatorium poculum dat, quamvis dolo non faciat, quia tamen malo id exemplo fecit; jure Iustinianeo, humilior in metallum damnatur, honestior in insulam, amissâ parte bonorum, relegatur. Quòd si ex eo mulier aut homo perierit, summo supplicio afficitur. [b]

[a] *l. 3. §. 2. ff. ad l. Cornel. de sicar.* [b] *d. l. si quis 38. §. qui abortionis. ff. de pœnis.* Damnationi in metallum hodie successisse dicitur damnatio ad triremes. Excellentiss. Besold. *part. 2. delibat. fol. m. 154. quæst. 26.*

45 Similiter sicuti Medico imputari eventus mortalitatis non debet: ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet. [a] Vnde si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis ægri, vel ad remedium, non malo animo, datum erat, homo ille perierit, medicus, qui dedit, ex consilio Iurisperitorum pro causæ conditione & qualitate, arbitriâ plectitur pœnâ, qua in re & casu, inprimis judicium probatorum medicorum adhiberi debet, atque etiam spectari temeritas hominis, qui medicinam facere audet, eius tamen artis ne fundamenta quidem jecit. [b]

[a] *l. illicitum 6. §. sicuti, ff. de offic. Præsidis.* [b] Peinliche Halßgerichts Ordnung/ Keyser Carls deß V. *Vbi Imperator ita cavit:* Item/ so ein Artzt auß Vnfleiß oder Vngunst/ vnd doch vnfürsetzlich/ jemand mit seiner Artzney tödtet/ erfindet sich dann durch die gelehrten vnd verständigen der Artzney/ daß er die Artzney leichtfertiglich vnd verwegenlich mißbraucht/

brauchet / oder sich vngegründter vnzulässiger Artzney / die jhme nicht geliemet hat / vnderstanden / vnd darmit einem zum Tod Vrsach geben / der soll nach gestalt vnnd gelegenheit der Sachen / vnd nach Rahr der Verständigen / gestrafft werden / vnnd in diesem Fall allermeist Achtung gehabt werden auff leichfertige Leut / die sich Artzney vnderstehen vnd den mit keinem Grund gelernet haben. Antiquitus autem hic medicus, ob ejusmodi factum, si honestior erat, in insulam deportabatur: humilior verò capite puniebatur, Iul. Paul. *lib. 5. sententt. tit. 23. ad l. Cornel. de sicar. & veneficis. §. ult.* Dn. D. Besold. *de vitæ & mort. considerat. lib. 2. cap. 1. num. 3.* Speckhan. *cent. 1. quæstion. 24.* Gilhausen. *in arbor. criminal. cap. 2. titul. 12. numer. 55.*

Nunc de PARRICIDIO dicemus. Parricidium est cædes parentis, 46
vel liberorum, tùm etiam agnatorum, item affinium, patronorum & conjugis: Vt si quis patrem, matrem, avum, aviam, filium, filiam, nepotem, neptem, fratrem, sororem, patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, & qui pari gradu sunt cognati; Vxorem, virum, sponsum, sponsam, generum, socerum, vitricum, novercam, privignum, privignam, patronum, patronam, armis aut veneno occiderit ipse, aut necari curaverit.

l. 1. l. 3. & l. 4. ff. de l. Pompeia de Parricid. & §. alia deinde lex. Inst. de pub. judic. vide hanc materiam latè explicatam à Me *in dict. tract. de homicid. cap. 5. per tot.*

Pœna parricidæ, alia est eius, qui sui parentis, cujuscunque ordinis, vel 47
alicuius ex liberis, fata properavit; alia huius, qui quempiam alium ex prædictis interemit, aut interfici curavit. Illius pœna, Iure Iustinianeo, hæc est. Virgis sanguineis verberatus insuitur culeo, cum cane & gallo gallinaceo, vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus, ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in amnem projicitur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cœlum superstiti, & terra mortuo auferatur; [a] Huius verò pœna, eodem Iustinianeo jure, eadem est, quæ alterius homicidæ, [b] puta gladii pœna. [c]

[a] *l. un C. de his, qui parentes vel liberos occider. l. penult. in prin. ff. de lege Pomp. de Parricidiis. & §. alia deinde lex Inst. de publ. judic.* [b] *d. l. 1. abs. Vt pœna ea teneantur. est legis Cornel. de sicariis, junct. d. l. pen. §. Qui alias person. ff. de lege Pomp. de parricid.* [c] *§. item lex Cornelia Inst. de public. judic.* Peinliche Halßgerichts Ordnung / Keyser Carls deß V. *artic.* 137. & 148. Cœpen. *lib. 2. observ. 131.* Berlich. *tom. 4. concluf. 6. Anno* 1602. 26. *Decemb.* Tubingæ quidam parricida, qui sororem cupiditate maturius capiendi hæreditatem ipsius occiderat, rota tundebatur. Addi potest & illa quæstio an filius vel filia patri vel matri maledicens morte naturali puniri possit, Negativam probat, Dn. D. Besold. *Vol. 2. consil. 52.*

Sed Iure Carolino mater, quæ aliquem ex liberis suis vivum & membris 48
perfectum, dolo malo trucidavit, viva, cuneo eius pectori incusso, sepelitur. Interdum tamen, ad evitandam eius desperationem aquâ suffocatur. Ob frequentiam verò huius nefandi criminis, in terrorem aliarum personarum, prior pœna retinetur, vel antequam ipsa mulier in aquam immergatur, ignitis forcipibus laceratur. Semper tamen adhibendum hic erit Iuris peritorum consilium.

Peinliche Halßgerichts Ordnung / *artic.* 131. Vide consultat. constitut. *Saxon. part. 4. quæstion. 76.*

Eodem

49 Eodem jure qui uxorem suam, aut suum maritum, vel sanguine junctum, nefariè exanimasse probatur, ignitis forcipibus laceratus, aut ignominiosè prostratus, ad supplicii locum raptatus, vel rota tunditur, si latro sit, vel capite truncatur, si alius homicida fuerit [a] & uterque ita punitus, de consuetudine rotæ imponi solet, ut ejus conspectu, alii ab eodem facinore deterreantur. [b]

[a] Peinliche Halßgerichts Ordnung. *artic.* 137. *Vers.* Vnd mag man im fürgesatzten Mord. [b] Damhoud. *in pract. rer. criminal. cap.* 87. *nu.* 3. Iul. Clar. *lib.* 5. *sentent. §. parricidium. num.* 5. De casu autem, quo maritus uxorem animo occidendi vulneravit ferro, occidere autem, propter ejus fugam non potuit, vide Tiber. Decianum *Tom.* 1. *caus. criminal. lib.* 9. *cap.* 1. *nu.* 4. Wesemb. *in parat. h. t. nu.* 7. *Vers. Ego tamen malim.* Didac. Covar. *in Clement. Furiosus, tit. de homicid. part.* 2. *in init. nu.* 12. & Menoch. *de arbitr. jud. casu* 360. *nu.* 63. *& segq.*

50 Est & illud hoc loco notandum, quòd etiam conscij hujus criminis, parricidij scilicet, pœna parricidij afficiuntur, etiamsi extranei sint. [a] Vnde & creditor, qui sciens, ad hoc scelus perpetrandum pecuniam administravit, eàdem pœnâ tenetur. [b]

[a] *l. Gerùm* 6. *ff. de lege Pomp. de Parricid.* Sed vide Wesemb. *ad §. alia deinde lex num.* 4. *Inst. de public. judic.* [b] *l. si sciente* 7. *ff. de lege Pomp. de Parricid.* Peinliche Halßgerichts Ordnung. *artic.* 177.

51 Hactenus de criminoso homicidio; Nunc de eo, quod crimine vacat, dicemus. Vacat crimine homicidium, vel ratione illius, qui admisit, vel ejus ratione, in cujus personâ id commissum est.

Vide Me *in dist. tract. de homicid. part.* 2. *cap.* 1. *per tot.*

52 Ratione illius, qui commisit homicidium, crimine vacat, si is vel doli capax non sit, ut est furiosus, dormiens, infans, & quandoque alius impubes, infante major. Vel doli quidem capax sit, verùm absque dolo proposito aliquem occiderit.

53 Furiosus, dormiens, vel infans, si hominem occiderit, pœnâ non tenetur; Cùm furiosum (cui dormiens similis est) fati infelicitas; infantem verò innocentia consilii excuset.

De furioso & infante est textus *in l. infans* 12. *ff. ad l. Cornel. de sicar. l. illud relatum* 3. *ff. de in jur. & c. illud* 15. *quæst.* 1. Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artic.* 179. latè Ego *dict. loco. nu.* 6. *& mult. seqq.* Farinac. *lib.* 3. *prax. criminal. quæst.* 92. *nu.* 54. *& num.* 114. *item quæst.* 93. *nu.* 1. De dormiente, Gail. *lib.* 2. *observ.* 110. furioso Cœpen. *lib.* 1. *observ.* 12. & infante est textus *in Clement. un. tit. de homicid.* & scribit de eo Tiraquellus, *in tract. de pœnis temperant. causs.* 5. Adde Voltz *ad L. Cornel. de sicar. cap.* 6.

54 Impubes, infante major, homicida, impunitatem hactenus habet, si infantiæ proximus sit; sin proximus fuerit pubertati, cùm in ea sit ætate doli capax, [a] afficitur quidem pœnâ aliqua, [b] sed mitiori. [c]

[a] *l. pupillum* 111. *ff. de Reg. Iur.* [b] *l. impuniras.* 7. *C. de pœnis. l. excipiuntur* 14. *ff. de Senatusconsulto Silan. l. si arrogans* 14. *in pr. ff. de tutel. l. impuberem* 23. *ff. de furt.* Tiraquell. *tract. de pœnis temper. c.* 44. *n.* 44. [c] *l.* 1. 5. *impubes, & §. seq. ff. de Senatusconsulto Silan. l. fere. in omnib.* 108. *ff. de Reg. Iur. cap.* 1. *& c.* 2. *Ext. de delictis puer.* Tiraquel. *in d. tract. de pœnis temper. causs.* 7. Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *dict. artic.* 179.

55 Qui doli capax, absque tamen doloso proposito, aliquem interemit, vel Culpa id fecit, vel Casu.

Culpa

Culpa illa, vel directa fuit in eum, qui occisus dicitur; vel non fuit in eum directa. 55

Prioris generis culpa est, si quis per lasciviam, sive petulantiam aliquem occideriti [a] Vel si maritus uxorem suam, in adulterio deprehensam interfecerit; [b] vel si quis per ebrietatem quempiam necuerit; [c] Ob cujusmodi culpam homicida quidem corporaliter punitur, at non ordinariâ homicidij pœna, sed quadam mitiori; Veluti relegatione ad tempus, si in aliqua positus sit dignitate: alioqui, si humilis fuerit persona, in exilium, vel opus perpetuum damnatur. [d] 56

[a] *l.4.§.1.ff.ad l.Cornel.de sicar.juncta l.si fortuito* 11.*ff.de incend.ruin. naufrag.* [b] *l.1.§.ult. ff.de his qui.& l.si adulterium* 38.*§.Imperator Marcus ff.ad l.Iul.de adulter.* [c] *l.perspiciendum* 11. *§.penultim.ff.de pœnis, & l. omne 6. §.quid si vulneravit.vers.per vicum. de re milit.* Cœpen *lib.1.obser.*12. Metzger *consil.crim.*8. [d] *Per text.ad lit. A. & B. appositos.* De eo qui per ebrietatem commisit homicidium, vide Tiraquell. *de pœnis temperand.cauſ.*6. & Andr. Geil. *lib.2. pract.observat.obser.* 110.

Posterioris generis culpa est, si quis alto se præcipitet, & super alium veniens, eum occidat; si item putator, non præclamans, ex arbore ramum in locum, ubi vulgò iter fit, dejiciat, atque ita prætereuntem occidat. [a] Et si cùm famosum latronem, aut bānitum occidere vellem, in proximo te stantem invitus percusserim, & interfecerim. [b] Tùm etiam si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, at non eum, sed prætereuntem percusserim & interemerim. [c] Quibus & similibus casibus, homicida ex culpa illa sua, latâ vel levi, non criminaliter, sed civiliter tenetur. [d] 57

[a] *l.in lege Cornelia* 7.*ff.ad leg.Cornel. de sicar.* [b] *per l. 4. ff. de injur.* [c] *l.scientiam* 45. *§. penult.vers.sed si defendendi.ff.ad leg. Aquil.* [d] *l.si putator* 31. *& dict.l.scientiam* 45. *§.pen. vers.sed si defendendi.ff.d.t.& §.item si putator, Inst. eod.t.* At Dd. volunt, his etiam casibus, homicidam criminaliter puniri. Vide Tiraqu. *tract.de pœn.temper.ind. cauſ.*14. *& cauſ.*44. *num.*33. Matth. Wesenb. *consil.*156. Ego *dict.tract.lib.2.cap.*1.

Casu hominem occidisse dicitur, proindeque impunitatem habet, [a] qui in ludo jaculatorio, cùm esset ex ijs, quibus jaculandi jus erat, sagitta vel sphærula, ad scopum jaculando, casu prætereuntem trajecerit; [b] Qui item putator ex arbore ramum, aut machinarius in locum privatum, ubi vulgò iter non fit, vel in eum quidem locum, ubi vulgò iter fit, sed proclamatione ipsius facta, aliquid dejecerit, & ita prætereuntem occiderit. [c] 58

[a] *l.eum qui* 5.*C.ad leg.Cornel.de sicar.* [b] *l.item si* 9.*§.ult.ff.ad leg.Aquil & §. injuria autem. vers.Item si quis dum jaculis.Inst.d.t.* [c] *l.si putator* 31.*ff.d.t. & §. item si putator. & §.seq. Inst.eod.tit.*

SEQVITVR de homicidio, quod crimine vacat, proindeque impunitatem assequitur, ratione hominis, qui occisus dicitur. Hujusmodi homicidium commisit, qui necem attulit famoso latroni, vel militiæ desertori [a], vel transfugæ non redeunti, [b] vel publico hosti, [c] vel ob fractam pacem publicam bannito. [d] Item patet qui adulterum cum filia sua, quam in potestate habet, in ipso adulterio, in propriis vel generi ædibus deprehensum occidit; [e] tùm etiam maritus, qui vilis conditionis adulterum, domi 59

ſuæ, cum uxore inventum, interemit; [f] Vt & qui furem noctu deprehenſum, deductus per eum in periculum, occidit; [g] Vel occidit furem interdiu deprehenſum, & telo ſe defendentem: [h] modò idipſum, utroque caſu, cum clamore ſit teſtificatus. [i]

[a] *l.1. & leg.2. C. Quando licet unicuique ſine judice ſe vindic. leg.4. l.5. C. ad leg. Cornel. de Sicariis, cap. cum homo 23. quæſtione 5.* [b] *leg.3. § ult. ff. ad leg. Cornel. de ſicariis, l. minimè 35. ff. de religioſ. & ſumpt. funerum.* [c] *d.l.3. §. ult. ff. ad leg. Cornel. de ſicariis, d. cap. cum homo 23. quæſt. 5.* Iodocus Damhouder. *in praxi rerum criminal. cap. 83.* [d] Ordinat. Cameræ Imperial *parte 2. tit. 9. §. 2.* Vide Andr. Geil. *lib. 2. de pace publ. cap. 1. num. 20. & cap. 6.* [e] *l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adulter. l. 1. §. pater 20. l. nec in 20 22. §. jus occidendi 2. leg. quod ait lex. in princ. & §. quare non ubicunque 2. & §. quod ait lex. ff. d. t.* [f] *l. marito 24. in principio, ff. eod. tit. & in lib. 12. quæſt. Papin. pag. 331.* [g] *l. furem nocturnum 9. ff. ad leg. Cornel. de ſicariis l. 4. §. 1. ff. ad leg. Aquil. & ſi perfodiens. Extra de homicidio.* Vide Cujac. *lib. 14. obſerv. cap. 15. & lib. 11. cap. 27.* [h] *l. ſi pignore 54. §. furem interdiu. ff. de furtis, d.l. 4. §. 1. & l. 5. in princ. ff. ad leg. Aquil.* [i] *d.l. 4. in fine. ff. d.t.* De his omnibus vid. Mev. *in dict. tr. part. 2. cap. 2.*

60 Admiſiſſe item hujuſmodi dicemus homicidium, qui cauſa defendendi res ſuas, earum raptorem, vel invaſorem, interemit, ſi aliter eas res tueri non potuit.

l. 3. §. cum igitur. l. qui poſſeſſionem 17. ff. de vi & vi armata. l. ſed & partus. §. 1. ubi Cujac. *ff. quod metus cauſa.* Ordinat. Cameræ Imperial. *part. 2. tit. 9. §. 1.*

61 Multò magis igitur & ille, qui corporis ſui tuendi cauſâ, violentum aggreſſorem occidit, hujus generis homicida dicendus erit, modò ſe aliter tueri non potuit.

l. 1. l. 2. & l. 3. C. ad leg. Cornel. de ſicariis, l. ut vim 3. ff. de juſtit. d.l. 4. l. 5. in principio. l. ſcientiam 45. §. qui cum alterum. l. ſi ex plagis 52. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Clement. unica. in fin. t. de homicidio. Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *art. 139. & ſeqq.* Cravett. *conſil. 432.* Voltz *ad L. Cornel. de ſicar. cap. 7.* Honded. *vol. 1. conſil. 99.*

62 Similiter is, qui ſtuprum ſibi, vel ſuis, per vim inferentem occidit, dimittendus erit.

l. 1. §. penult. ff. ad leg. Cornel. de ſicar. Gilhauſen *in arbor. criminal. cap. 2. tit. 12. nu. 36.*

63 Vt & ille, qui publico certamine inſtituto, in colluctatione, in pancratio, in pugillatu, adverſarium, non cedentem, interfecit.

l. qui occidit 20. in principio. ff. ad leg. Aquil. facit. c. lator. Extra de homicidio. Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. cent. 4. caſu 400.* Gilhauſen. *dict. tit. 12. num. 45.*

64 RELIQVVM eſt, ut de incendio doloſo videamus. DOLOSUM INCENDIVM EST, quod quis datâ operâ ob inimicitiam, vel prædæ cauſa excitat, [a] quem jura noſtra incendiarium appellant. [b]

[a] *l. 1. in principio, & l. ſi quis dolo 10. ff. ad leg. Cornel. de ſicariis, & l. data opera 11. C. de his qui accuſare poſſunt. l. capitalium 28. §. incendiarij, ff. de pœnis.* Quidam hic requirunt, ut hominis exuinguendi cauſâ factum ſit incendium, vide conſtitut. Saxonic. *part. 4. quæſt. 74. nu. 3.* [b] *d.l. 28. §. incendiarij, ff. d. tit.* Vide tractat. Mevii *de incendiariis.* adde Berlich. *tom. 4. concluſ. 25.*

65 Incendiarij autem, qui intra oppidum ædes exuſſerunt, ſi aliquo in gradu fuerint, capite puniuntur, aut certè in inſulam deportantur; [a] Humiliores verò, vincti, verberati, necari igne jubentur, [b] etiam Carolinâ ſanctione. [c] Olim quandoque beſtijs objiciebantur. [d]

[a] *d.l.*

[a] *d.l. Si quis dolo* 10. *ff. ad l. Cornel. de ſicariis. & l. ult. §. 1. ff. de incend. ruin. naufr. ag.* Damhouder. *in praxi rerum criminal. cap.* 103. Vide Menoch. *de arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 4. *caſu* 390. *n.* 21. Ex Friderici conſtit. de incendiariis & pacis violatoribus, incendiarii notorii, aut ſeptem teſtibus convicti decollantur: qui ſi capti non fuerint præſcribuntur, *§. Primum igitur, & §. item ſi incendiarius.* [b] *l. qui ades* 9. *ff. d. tit. d. l. capitalium* 28. *§. incendiarij. ff. de pœnis.* [c] Peinliche Halßgerichts Ordnung/*articul.* 125. [d] *d. l. ult. ff. de incendio, ruina, naufrag.* Berlich. *dict. tom.* 4. *concluſ.* 24.

Qui verò extra urbem, caſam aut villam excuſſerunt, aliquantò leniùs coercentur. 66

d. l. capitalium 28. *§. incendium. Verſ. qui verò, ff. de pœnis.*

Is verò, cujus negligentiâ factum eſt incendium, damnum reſarcire tenetur, ad quod ſi minus idoneus ſit, leviùs caſtigatur: ſin fortuitò factum ſit incendium, veniâ indiget. 67

l. qui ades 9. *l. ſi fortuito* 11. *ff. de incend. ruin. naufrag. & d. l. capitalium* 28. *§. incendiarii. Verſ. Num fortuita, ff. de pœnis.* Qui damnum incendi ſarcire tenentur, incenſarum ædium actione conveniuntur, *l. Iurisgentium* 7. *§. ſi paciſcar.* 13. *ff. de pact.* Cujac. ad Iul. Paul. *lib.* 5. *tit.* 3. *in fin.* Dn. D. Beſold. *in delibat. ad lib.* 1. *ff. quæſt.* 48. *& lib.* 9. *ff. quæſt.* 5. Mezger. *conſil. criminal.* 11. Rauchbar. *lib.* 2. *quæſt.* 10. Quomodo vero incendium dolo, lata, vel levi culpa, aut caſu fortuito commiſſum puniatur vid. Berlich. *dict. concluſ.* 25. Me *in dict. tract. de incend. nu.* 78. Incendio in ædibus alicujus orto, uter probare teneatur, an vicinus, culpæ inhabitantis id eſſe factũ, an vero habitans ſua culpa damnum incendio non eſſe datum. Pingizer. *quæſt.* 24. Conductor domus quando de incendio teneatur, Gail. *lib.* 2. *obſerv.* 21. Mynſing. 6. *obſerv.* 88. An vicinus pro tuitione ſuæ domus diruere vicini ædes poſſit, vide Vivium *deciſ.* 150.

Clas. IV. Disput. XV.

DE CRIMINE FALSI.

THESIS I.

CRImen falſi [a] eſt publicum maleficium, [b] quo quis veritati occultandæ, [c] in damnum alterius [d] doloſè [e] operam tribuit. Iura hunc falſarium appellant. [f]

[a] Falſi crimen dicitur *in l. 2. l. falſi* 5. *l. eum* 14. *C. ad l. Cornel. de falſis, & in Rubric. Decretal. de crimine falſi.* [b] *l. 1. ff. de public. judic. Novell.* 73. *in princ. ubi definitur falſitas Verit. atis immutatio.* [c] *Novell.* 73. *in princip. & arguunt omnia exempla falſi propoſita ſub tit. ff. & C. ad l. Cornel. de falſis.* [d] Iul. Clar. *lib.* 5. *ſententiar. §. falſum, num.* 39. Didac. Covarruv. *ad c. Quamvis tit. de pactis in* 6. *part.* 1. *§.* 7. *num.* 6. Andr. Geil. *lib.* 1. *obſerv. pract.* 100. *num.* 7. *&* Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. cent.* 4. *caſu* 306. *num.* 14. Hondedæ. *conſultat.* 109. *num.* 51. *Volum.* 1. videntur quoque requiri, ut ſub ipe magni lucri & commodi quis falſum committat, vide *c. accedens*, ubi gl. & Canoniſt. *extr. de crim. falſi*, Iul. Clar. *in §. falſum.* Bertazol. *conſil. crim.* 71. Si falſitas non noceat, extraordinariæ pœnæ locus eſt, Menoch. *lib.* 2. *de arb. jud. cent.* 4. *caſu* 306. [e] *l. 1. in princ. ff. ad l. Cornel. de falſis, & l. nec exemplum* 20. *C. eod. tit.* Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. judic. cent.* 4. *caſu* 309. *num.* 1. [f] *l. 1. §. qui in omnibus* 4. *ff. d. t. & c. ad falſarios, extra de crimine falſi.* De falſo vide Farnac. *tract. crimin. p.* 6. *de falſit. & ſimulat.* Gilhauſen *in arbor. criminal. cap.* 2. *tit.* 26.

In falſi crimine duplex inſpectio incurrit: una de ſpeciebus falſi, altera de modo & via litigandi de falſo. 2

3 Species falſi duæ ſunt: Eſt enim aliud falſum proprium, aliud quaſi falſum.

l.1.§.ult.ibi,pœna falſi vel quaſi falſi.ff.ad l.Cornel.de falſis,& l.penult.ibi,quaſi falſarios C.de probat.

4 Propriè falſum eſt, quod lex Cornelia teſtamentaria, & lex Cornelia nummaria coercent.

Cujac.*ad Iul.Paul.lib.5.ſentent.tit.25.ad l.Cornel.teſtament.in princ.*

5 Lex Cornelia teſtamentaria [a] coërcet falſum in eo, qui aut falſum teſtamentum ſcripſit,recitavit,ſubjecit, ſignavit, aut verùm teſtamentum celavit,amovit, reſignavit, delevit, [b] aut ſignum obſignandis teſtamentis annulumvé adulterinum fecit, ſculpſit. [c]

[a] Ita vocatur hæc lex.*l.in lege.Cornel.*30.*ff.hoc tit.& in §.item lex Cornelia,de falſis.Inſtit. de publ. judic.* appellatur item lex Cornelia de teſtamentis *in l.1.ff. de publ. jud.* [b] *l.2.ff. ad l. Cornel.de falſis,l.2.l.cum qui* 14.*l.de fide* 16.*l.pen. & ult.C.eod. t.* Iulius Paul. *lib. 4.ſent.tit.de lege Cornel.in pr.ut & lib.5.ſentent.tit. 25. ad leg. Cornel. teſtament. in pr.* ubi Cujac. [c] *d.l.l. Cornelia* 30.*in pr.ff. ad l.Cornel.de falſ.*

6 Eadem lex & ipſum notat, qui ſciens dolo malo aliquid eorum fieri juſſit,faciendumvé curavit.

d.l.2.ff.eod.tit. Iul.Paul.*lib.4.tit.7.§.1.*

7 Quod de teſtamento diximus,de Codicillis quoq; exaudiri volumus.

l.Senatus 5.ff.h.t.l.ſi falſos 8.*& l.ſeq.l.ſi quis* 21.*C.eod.tit.l.1.§.Hoc interdictum,ff.de tab. exhib. Iul.Paul.d.tit.7.§.Codicilli quoque.*

8 Et notat hæc lex eum etiam, qui vivi teſtamentum vel codicillos aperuit,recitavit,reſignavit.

l.1.§.15.qui aperuit.ff.ad leg.Cornel.de falſis l.ſi quis aliquid 38.*§. Qui tabulas ff.de pœnis.*

9 Lex Cornelia nummaria [a] eos coercet, qui nummos adulterant tingunt,fingunt, circumcidunt,radunt,quique adulterinos fiant,feriunt, [b] & qui monetam probam vultu principum ſignatam in contractibus ſuſcipere renuunt. [c]

[a] Marc.Tull.3.*Verr.*Cujac.*ad Iul.Paul.lib.5.tit.25.in princ.& in parat.C.tit.de falſa moneta.* [b] *l.quicunque* 8.*& l.ſeq. & l.qui falſam* 19.*ff.ad l.Cornel. de falſ.l.1. & l.2.C.de falſa monet.* vide commentar. meum *de crim.injuſta & falſæ monetæ.c.p.5.num.3. & ſeqq.* Dn.D.Beſold.*part.2.delibat.ad lib.*48.*ff. quæſt.*29.*fol.m.* 157. [c] *Iul.Paul.lib.5.ſentent.tit.25. ad leg. Cornel.teſtament.in princ.l.1.C.de veteris numiſmatis poteſt. libr.* 11. *Vide Receſſ. Imperij Ratisbonenſ.de Anno* 1576.*pag.*23.*fac.*2.§. Demnach ordnen.

10 Notat eadem lex etiam illos, qui privatim, etiam ex principis permiſſu, monetam licèt probam feriunt.

*l.ultim.*ubi Bart.Bald.Salic.Ang.& alij.*C.de falſa monet.*

11 QVASI falſum eſt, quod ipſa quidem lege Cornelia de falſis non coercetur, ejuſdem tamen legis pœna ex Senatuſconſultis vel conſtitutionibus plecti jubetur.

d.l.pen.C.de probationib.l.eos 27.*& l.ſi quis* 29.*ff.ad l.Cornel.de falſis l.ipſe* 7.*C.eod.*Cujac. *ad Iul.Paul.lib.5.ſent.tit.25.in princ.*

12 Ejuſmodi eſt falſum, ſi quis, cùm adhibitus & advocatus eſſet, ad ſcribendum alienum teſtamentum, in eo ſibi vel hereditatem vel legatum, vel fidei-

fideicommiſſum, vel libertatem, vel quod aliud emolumentum adſcripſit, dictante, volente & jubente teſtatore.

tot. tit. C. de his, qui ſibi adſcribunt in teſtam. l. 1. §. ad teſtamenta militum. l. 4. in princ. l. 6. l. de ea 10. & l. ſeq. l. filius 14. & l. ſeq. l. cum quidam 17. & l. ſeq. l. impuberem 23. §. 1. & ſeqq. ff. ad l. Cornel. de falſis.

Ejuſmodi quoque falſum committit, qui extra teſtamentum, vel codi- 13
cillos, alijs inſtrumentis, vel rationibus, tabulis, cereiſvé, aut qua alia re falſum facit, aut fieri curat.

l. 1. §. Qui in rationibus. l. lege Cornel. 9. §. pœna legis Cornelia & l. Inſtrumentorum, §. 1. & §. 2. ff. ad leg. Cornel. de falſis l. 2. l. ipſe 7. l. ſi ita 11. l. qui veluti 13. C. d. t.

Vnde qui rationes, acta, libellos, album propoſitum, teſtationes, cautio- 14
nes, chirographa, epiſtolas, ſciens, dolo malo in fraudem alicujus deleverit, mutaverit, ſubjecerit, ſubſcripſerit, quaſi falſum commiſiſſe dicetur.

l. Quid ſit falſum 23. l. qui nomine 25. l. ſi quis obrepſerit 29. & l. pen. ff. ad l. Cornel. de falſis l. qui veluti 13. & l. penult. & ult. C. eod. tit. Iul. Paul. *lib. 5. ſent. t. 25. ad l. Cornel. teſtament. §. qui rationes.* Damhoud. *in praxi rer. crim. cap. 122.*

Proindeq́, & hic quaſi falſarius erit dicendus, qui SACRA BIBLIA 15
~~D. LVTHERI~~ multâ operâ, ſtudio & labore verſa, illuſtrata & edita, malitioſè adulterat, & nihilominus ſub nomine ~~D. LVTHERI~~ in publicum protrudit.

Per *d. l. Quid ſit falſum 23. & d. l. qui nomine 25. ff. ad l. Cornel. de falſis* & tradita Iodoci Dãhouder *in praxi rer. criminal. d. c. cap. 122.* facit huc definitio falſi tradita ab Azone *ad Rubr. C. ad l. Cornel. de falſis*, quæ hæc eſt: Falſum eſt doloſa veritatis mutatio. Quid porrò de ejuſmodi falſariis ipſe ~~D. Lutherus~~, qui dum adhuc in vivis eſſet, aliquid ejuſmodi criminis expertus eſſet, ſenſerit, ex ejuſdem verbis conſtare poteſt. Cum enim Martinus Bucerus D. Lutheri Poſtillam latinam in linguam tranſtuliſſet, & Calvinianum virum tacitè ibidem inſarſiſſet, id Lutherus graviſſimè tulit. eamque ſibi illatam injuriam hiſce verbis conqueſtus eſt: **Im Buch/ daß die Wort: Das iſt mein Leib/ noch veſt ſtehen. §. Deſſelben gleichen mein aller beſtes Buch/ das ich je gemacht habe/ die Poſtillen/ welche auch die Papiſten gern haben/ hat er mit Vorreden/ Vnterreden/ vnd Einreden auch alſo zugericht/ daß vnter meinem Namen dieſe läſterliche/ ſchändtliche Lehr weiter brache vnd geführt wirdt/ dann vielleicht durch all ewer Bücher. Was ſoll ich thun: wie kan ich der Sachen nun rathen? Ich muß haben/ als hätt mich ein Hund gebiſſen/ ich habs mit Vorreden geſtrafft/ aber was hilffts? Der Teuffel ſahe wol/ daß dich Buch durchtrang allenthalben/ darumb ergreifft er daſſelbige/ ſud vnd ſchmiert ſeinen Dreck darauff. Vnd ich vnſchuldiger Mann muß alſo deß Teuffels Dreckführer ſeyn/ ich wolle oder wolle nicht.** *Et mox:* **Wenn ich ein Chriſtin were/ ſo were ich geſinnet/ daß mir einer lieber den Halß abſteche/ dann ſolche Stücklein beweiſet/ da ich mit meinem Buch muß den Seelen Gifft fürtragen/ Vnwiſſens vnd Vnwillens. Alſo gaach iſt den Leuthen/ vnd jhrem Teuffel mit jhrem Irrſall/ daß ſie auch durch frembde Bücher denſelbigen außbreiten/ gerad/ als weren der Bücher zu wenig/ damit ſie jetzt die Welt täuben wöllen/ was ſolt nach meinem Todt geſchehen? das thut man mir bey meinem Leben/ vnd läßt mich hie zu Wittenberg ſitzen vnd zuſehen. Vnd bald hernach: Wir bitten/ ſie (die Sacramentierer) wollen ſolche Stück zuvor auß jhrem Mittel thun/ vnd nicht vnter ſich leyden/ ehe dann ſie ſich ſo gar helle bremen/ vnd das Maul wiſchen/ dann es ſtehet heyligen Leuten vbel an/ ſolch Ertzbubenſtück vnd Teuffeliſche Stücklein zu beweiſen.** Huc uſque verba Lutheri. Vide etiam D. D. Iohan. Georg. Sigvvardum *de Neuſtadiana, Anno* 1587. & Facultatem Theologicam Wittebergicam *de Herborniana, Anno* 1595. *à Calvinianis adornata & adulterata editione Bibliorum Divi Lutheri.*

16 Quaſi falſum committunt etiam, qui falſas teſtationes faciendas, teſtimoniavé falſa invicem dicenda dolo malo coeunt; [a] qui item ob inſtruendam advocationem, teſtimoniavé pecuniam accipit, aut paciſcitur: vel ſocietatem ad innocentium obligationem coire dicitur. [b]

[a] *l.1.in pr.& l.lege Cornelia 9.§.pen.verſ.Item qui falſos.ff.d.t.& l.eos qui 27.in princ.* [b] *d. l.1.§.1.l.falſi pœna 20.ff.eod.tit.* Honded.*vol.1.conſil.*109.

17 Sic pro falſario habendus eſt teſtis, qui in parte verum, in parte falſum malitioſè teſtimonium dixit: proindeque & ille, qui in ſua depoſitione ſibi eſt contrarius, quique diverſis in judiciis contraria depoſuit.

Per l.cos.27.in pr.ff.ad leg.Cornel. de falſis, l.falsò 16.ff. de teſtibus, Menoch. *lib.2.de arbitr. jud.cent.2.caſu 108.nu.2.& ſeqq.* Mynſing.*2.obſerv.86.*

18 Similiter quaſi falſarius eſt, ſi quis ob renunciandum, remittendumvé teſtimonium, dicendum, vel non dicendum pecuniam accipiat. [a] Vel contra ſuum ſignum teſtimonium præbeat, aut diverſa duobus teſtimonia præbeat. [b]

[a] *d.l.1.§.ſed & ſi quis 2.ff.eod.tit.* [b] *d. l. eos qui 27.§.1.ff. d. tit.* Gilhauſen *in arbor. crimin. cap.2.tit.26.n.8.*

19 Eſt item quaſi falſum, ſi judex conſtitutiones Principum neglexerit: [a] ut & ſi quis judicem corrumpat, [b] vel conſtitutionibus falſis, nullo autore habito utatur, [c] vel precibus falſis reſcriptum, vel quod ſimile impetret. [d]

[a] *l.1.§.ſed & ſi judex.ff.ad leg.Cornel.de falſis.* [b] *l.1.§.ſed & ſi quis 2.l.qui duobus 21.ff.d.t.* [c] *l.ult.ff.eod.tit.* [d] *l.ſi quis obrepſerit 29.ff.h.t.& l.4.C.eod.t.* Menoch.*lib.2. de arbitr. jud.cent. 4.caſ.314.num.9.& ſeqq.*

20 Quaſi falſariis & eum adjungimus, qui inſtrumenta apud ſe depoſita, vel ſibi ut procuratori commendata, adverſarijs ejus, qui depoſuit vel cõmendavit, prodit. [a] Qui item partum ſupponit, [b] qui duobus in ſolidum rem eandem diverſis contractibus vendit, [c] & qui debitum in fraudem creditoris facit, ut poſterior pignoris obligatio prioré tempore præcedat. [d]

[a] *dict.l.1.§.is qui depoſita ff.dict.tit. l.ſi quis aliquid 38.§.ſi quis inſtrumentum & §.ſeq. ff. de pœnis.* [b] *l.qui falſam 19.§.1.& l.lege Cornelia 30.§.1.ff.eodem tit. l.1.l.cum ſuppoſiti 10. C.hoc tit.* [c] *dict.leg.qui duobus 21.ff.hoc tit.* [d] *l.ſi à debitore 28.ff.dict.tit.*

21 Numeramus item inter quaſi falſarios, qui menſuras publicè probatas vini, frumenti, vel cujuslibet rei in fraudem alterius corrupit.

l.pen.§.1.ff.ad l.Corn.de falſis Menochius *lib.2.de arbit.jud.cent.4.caſu 317.*

22 Notarius item quaſi falſum commiſiſſe præſumitur, quando debitas in inſtrumento ſolennitates omiſit.

Per text.in l.jubemus 29. in fine,ubi argu. Sichard.& alij *C.de teſtam.* Iul. Clar. *lib.5.§.falſum,num.19.* Cravetta *conſil.75.* Gilhauſ.*dict.tit.num.16.*

23 Et præterea quaſi falſarius, qui falſum nomen ſibi vel cognomen aſſumit, & ſe alienis familiis inſerit, genus, parentes fingendo, quò quid intercipiat poſſideatvé: [a] ut & ille, qui inſignibus illicitis, veluti altioris ordinis aut falſo diplomate, utitur. [b]

[a] *l.unica C.de mutatione nominis l.falſi nominis 13. in princip.ff.ad leg.Cornel. de falſis* Iul. Paul.*lib.5 ſentent.tit.25.§.ſi quis ibi,* ubi Cujac. Menoch.*lib.2.de arbitr.judic.cent.4. caſu 318.*

[b] *l.eos*

Digitized by Google

[a] *l.eos qui 27.§.ultim.ff.ad l.Cornel.de falsis* Menoch.*d.lib.2.casu* 320. Est quoq; pro falsario habendus, qui pro doctore se gerit, cum non sit doctor, Vant. *de nullitat. sententi.ex def. mandati,nu.*68. vide quoque addit.ad Guid.Pap.*decis.*89.*sub lit.B.*

Nunc de VIA & MODO litigandi de falso. Potest autem quis vel civiliter vel criminaliter de falso litigare. 24

l.falsi 5.l.si docuerit 9.l.si is 11.l. de fide 16. & l.seq.l.pen.C ad l. Cornel.de falsis.l.unic. in fine C.quando civilis actio crimin.ali præjudicet.

CIVILITER vel agendo, vel restitutionem in integrum petendo, vel excipiendo & replicando. 25

Qui enim nomine prætoris literas falsas reddidisse, edictumvé falsum proposuisse dicetur,ex causa etiam actione in factum pœnali tenetur. 26

l.qui nomine 25.ff.ad l.Cornel.de falsis.

Qui item venditor aut emptor mensuras publicè probatas vini frumenti, vel cujuslibet rei corrupit, dolové malo in fraudem fecit, quanti ea res est,ejus dupli actione tenetur, 27

l.penultim.§.1.ff.d.tit.

Quòd si ex falsis instrumentis transactio interposita sit per acceptilationem, deceptus restitutionem in integrum contra adversarium petere potest, [a] ut transactio illa retractetur. [b] 28

[a] *arg.l.divus 33.ff.de re Iudic.& l.pen.§.1.ff.de in integ.restitut.* glos. & Donell.*ad l.pen.n.* 3.*C.de transact.* [b] *d.l.pen.C.d.t.*

Similiter sententia ex falsis instrumentis vel testimoniis falsis lata per restitutionem in integrum retractari potest. 29

l.divus 33.ff.de re judic. Probantur autem falsa testimonia, si probetur testes pecuniâ fuisse corruptos,uti arguit.*lex jam alleg.* Et docet Donell.*ad l.penult.nu.6.C.de transaction.*

Si quis fallitate cujusdam ad dandam vel faciendum obligatus sit, exceptione doli se tueri poterit. 30

Baldus hanc falsi exceptionem appellat,*in d.l.si lis* 11.*& l.seq.nu.*2.*& l.ubi falsi,nu.*2.*C.ad l.Cornel.de falsis.* Esse autem hanc doli exceptionem patet*ex l.*1.*l.*2.*& tot.tit. ff. de dolo mali & metus except.*

Quòd si quis actionem suam falsò deceptus tránsactione citra acceptilationem facta remiserit, veteri illa actione suum debitum petere potest, cui si exceptio pacti opponatur, parata est ei contra replicatio doli. 31

l.sub pratextu 19.*C.de transactions.*

CRIMINALITER litigatur de falso, cùm quis expetens publicam vindictam,falsi crimen ipsi falsario criminali in judicio intendit. 32

l.penult.C.ad leg.Cornel.de falsis.

In hoc criminali judicio falsi spectamus tum accùsationem & probationem falsi; tùm rei defensionem, tùm etiam pœnam falsi, quæ reo non defenso,sed victo imponitur. 33

Accusatio falsi per procuratorem fieri non potest, sed præsentia tam accusatoris,quàm rei necessaria est. 34

l.de fide 16.C.ad leg.Cornel.de falsis.

Et suppositi partus accusatio non cuivis de populo, sed his tantùm, ad quos ea res pertinet,jure permittitur, 35

l.lege

Digitized by Google

l.lege 30. §. 1. *ff. ad l. Cornel. de falſis l. cum ſuppoſiti* 10. *C. eod. tit.*

36 Servus licèt aliàs accuſator idoneus non ſit, attamen ſi ſuppreſſæ ſint tabulę teſtamenti, quibus libertas ei relicta eſt, de falſo accuſare poteſt etiam dominum ſuum.

l. nullo 7. *ff. d. t. & l. Vix certis* 53. *ff. de judiciis.*

37 Fœmina quoque ad accuſationem falſi admittitur, ſi ad eam hæc res pertineat.

l. & ſi 19. *C. ad leg. Cornel. de falſ.*

38 Probationem quod attinet, acerrima fieri debet indago argumentis, teſtibus, ſcripturarum collatione, aliisque veſtigiis veritatis. Nec probationis tota neceſſitas accuſatori tantùm indicatur, ſed & ipſe judex inter utrãque perſonam ſit medius: [a] & ſi de fide & falſitate inſtrumenti agatur, probatio fidei inſtrumenti ei primum incumbit, qui ſcripturam obtulit: deinde ei, qui falſum arguere paratus eſt. [b]

[a] *l. ubi falſi* 22. *C. ad leg. Cornel. de falſis.* [b] *l. ultim. C. d. tit.*

39 Quòd ſi etiam cauſa popoſcerit, reus quæſtioni ſubjici poteſt, etiamſi in dignitate decurionatus poſitus fuerit.

l. ſi quis decurio 21. *C. eod. tit.* aliàs regulariter non torquentur decuriones *l. decuriones* 16. *& l. ſeq. C. de quæſt.*

40 Defenſiones Rei variæ ſunt: veluti ſi accuſator ex teſtamento, quod falſum dicit vel hereditatem adiit, vel legatum accepit, vel quoquo alio modo teſtamentum illud agnovit, non ignorans id falſum eſſe: [a] item ſi reus errore inductus protulerit falſum inſtrumentum. [b] Si item de falſi crimine ſit tranſactum inter accuſatorem & reum: [c] ut & ſi viginti annorum præſcriptione querela falſi excluſa ſit. [d]

[a] *l. 3 ff. ad leg. Cornel. de falſis, & l. 3. C. eod. tit.* [b] *l. ſi bona* 31. *ff. dict. tit.* [c] *l. tranſigere* 18. *in fin. C. de tranſact. l. ipſe ſignificas* 7. *C. ad leg. Cornel. de falſis,* vide fundamenta *ad theſ.* 17. *diſput.* 20. *ſub claſſe* 2. [d] *l. querela* 12. *C. ad leg. Cornel. de falſis.* Obſtare videtur *l. qui falſam* 15. *ff. h. t.*

41 Reſtat de POENA falſi, quæ varia eſt. Qui enim falſum teſtimonium dolo malo dixit, quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur, mortis pœna plectitur, [a] ſi reus ille ex ejuſmodi teſtimonio capitis damnatus fuerit, alioquin arbitraria erit pœna. [b]

[a] *d. l. 3. §. Præterea, ff. ad leg. Cornel. de ſicar. junct. §. item lex Cornelia Inſtit. de public. judic.* Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. Cent. 4. caſ.* 306. *num.* 2. [b] *per l. aut facti. t* 16. *§. eventus, ff. de pœnis, & fundamenta ad theſ.* 24. *diſput. præced. adpoſita,* & Menoch. *d. caſ.* 306. *num.* 20. Ludovic. de Peguera. *deciſ.* 19.

42 Falſi item monetarij, qui monetam falſam cudunt, formant aut permutatione, aliove titulo & modo adquirunt, & in fraudem proximi dolo rurſus expendunt, flammarum exuſtionibus mancipantur: Et qui domos ſuas ad hoc ſcienter locant, earum amiſſionem ſuſtinent.

l. 1. l. 2. C. de falſ. monet. Peinliche Halßgerichts Ordnung Keyſer Carls deß *V. artic.* 111. vide Menoch. *d. lib. 2. cent. 4. caſu* 316. *nu.* 8. & 9. De his qui falſam monetam expendunt, agit idem Menoch. *eod. caſu, n.* 51. *& ſeqq.* De valore monetarum uſualium vide Reichs Abſchied *de Anno* 1559.

43 Cæterùm qui falſas monetas ære contaminatas ludendi cauſa habet, vel in arca poſſidet, non ut expendat eam, non punitur.

Ita

Ita post alios sentit Menoch. *dict. cas.* 316. *num.* 62. *& seqq.*

Qui verò publicam eamque justam & probam monetam circumciden- 44
do, radendo, eam justo pondere minuit, aut absque privilegio super cudenda, ferienda moneta etiam justi ponderis & valoris facultatem sibi arripuerit. pro causæ cõditione hodie vel corporali, vel pecuniaria pœna plectitur.

Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *dict. artic.* 111. *Verf.* Welcher aber der Müntz jhre rechte Schwehre/ &c. Iure Iustinianeo ob prius hoc crimen homo liber ad bestias dabatur; servus sumino supplicio afficiebatur, *l. quicunq;* 8. *ff. ad leg. Cornel. de falsis.* Menoch. *d. casu* 316. *num.* 34. *& seq.* Ob crimen verò posterius eodem jure ex Constantini constitutione reus igne comburitur, *dict. l.* 2. *ubi gloss. C. de falsa moner.* Menoch. *d. casu* 316. *nu.* 15. *& seqq. &* 26. *& seqq.*

Qui tamen reprobam & minimè expendibilem (ut Dd. aiunt) monetam 45
falsificat, non mortis, sed alia extraordinaria tenetur pœna.

Alex. *consil.* 104. *Vol.* 1. *& consil.* 121. *Vol.* 7. Menoch. *dict. casu* 316. *nu.* 19. *& seqq*

Quæritur de eo, qui monetam excedentem justum pondus circumci- 46
dit, radit, & ad justum pondus redigit? Nos contra Alciatum & Marsilium pœnæ & hunc obnoxium dicimus.

Per ea quæ scribit Menoch. *dict. casu* 316. *num.* 38.

Qui monetam reprobam tingit, ut pro justa eam expendat, eadem tene- 47
tur pœna, qua is, qui probam monetam radit.

l. Quicunq; 8. *ff. ad l. Cornel. de falsis.* Menoch. *dict. cas.* 316. *nu.* 42.

Similiter qui alterius monetam frangit, & conflat, atque inde monetam 48
viliorem facit, corporis aut bonorum pœna, pro causæ qualitate & ratione afficitur.

Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *d. artic.* 111. *Verf.* wo aber frigend.

Quòd si Magistratus aliquis cudendæ monetæ privilegium habeat, & 49
monetarios suos adulterinam & viliorem monetam ferire jubeat, jus suum hoc, ex eo amittit.

Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *d. artic.* 111. *Verf. alt.*

Qui autem cœpit falsam percutere monetam, sed pœnitentia ductus 50
non perfecit, non mortis pœna, sed alia mitiori tenetur.

Per l. qui falsam 19. *in princ. ff. ad leg. Cornel. de falsis,* & docet post alios Menoch. *dict. casu* 316. *num.* 23. *& seqq.*

Qui mensuras publicè probatas vini, frumenti, vel cujuslibet rei corru- 51
pit, dolove malo fraudem fecit, vel relegatur, vel virgis cæditur, vel alia pœna pro criminis qualitate afficitur. Quandoque etiam cùm magnitudo falsi id desiderat, ex consilio Jurisperitorum, mortis pœna plectitur.

l. annonam 6. *§. ult. ff. de extraordinar. criminib. l. pen. §.* 1. *ff. ad leg. Cornel. de falsis.* Peinliche Halßgerichts Ordnung/ *artic.* 113. Menoch. *lib.* 2. *de arbit. jud. cent.* 4. *cas.* 317. de hoc crimine vide etiam Leviticum *cap.* 19. Item Ius Canon. *in c.* 2. *extra de empt & vendit.* Ius Wirtembergicum requirit, ut seriò animadvertatur in hoíce falsarios, Fürstl. Würtemb. Landts Ordnung/ *pag.* 153. *Verf.* Vnd soll. Honded. *Vol.* 2. *cons.* 96.

Notarius item, sive tabellio falsum instrumentum qui confecit, amputatione manus puniendus erit, & perpetuâ infamiâ notandus 52

Arg. text. *in tit.* 55. *§. callidis Verf. scriba Siro lib.* 2. *scndor. Novell.* 17. *c.* 8. *Nov.* 42. *cap.* 2. *§.* 2. *in fine l.* 3. *C. de servis fugitivis,* & tradit Myning. *cent.* 6. *obser.* 65.

Digitized by Google

53 Qui dolo malo ſignum adulterinum fecit, ſculpſit, aut in tabulis rationibus, aliove inſtrumento falſum commiſit, pro qualitate & quantitate falſi, vel morte, vel alia corporali plectitur pœna.

Peinliche Halßgerichts Ordnung *artic.* 112. Ex conſilio Facultatis noſtræ juridicæ *Anno* 1605 quidam falſarius, qui privato inſtrumento de accepto credito publicum civitatis ſigillum adpoſuerat, detractum alii inſtrumento, hac damnabatur ſententia. Daß er vber die allbereit außgeſtandene Gefängniß/ noch weiter vier Wochen darinn mit Waſſer vnd Brodt geſpeißt werden/ vnd in den Zehenden biß auff Fürſtliche Begnädigung verbannt ſeyn ſolle. Erat autem homo pauper, & præter conjugem habebat aliquot liberos: quos ut alere honeſtè poſſet, non corrigebatur per carnificem.

54 Procurator litis falſarius, ut qui inſtrumentum litis adverſario prodidit, aut quid aliud in ejus commodum, adverſus ſuum dominum egit, non modò omne damnum reſarcire domino ſuo tenetur, ſed & famoſæ columnæ apponitur, virgis publicè cæditur, & de provincia exterminatur, vel quædam alia pœna, pro criminis qualitate, in eum convertitur.

Peinliche Halßgerichts Ordnung *artic.* 115.

55 Teſtis in cauſa criminali ſtudiosè falſum deponens, eadem plectitur pœna, quam ſuo teſtimonio comparare ipſi reo voluit.

Peinliche Halßgerichts Ordnung *artic.* 68. *Deuter.* 19. *verſ.* 16. *& ſeqq.*

56 Qui malitiosè limites ſive terminos movit, ſigna terminantia abſcidit, abjecit, mutavit, ex conſilio Iuriſperitorum pro hujus facinoris magnitudine, & cauſæ, ac perſonæ conditione, corporali pœna afficitur.

Peinliche Halßgerichts Ordnung *artic.* 114. *Vide quoque fundamenta ad theſ.* 22. *diſputat.* 9. *ſub hac* 4. *Claſſe.*

57 Vbi autem de falſo ejuſmodi aliqua ſpecialis pœna definita jure non eſt, ibi falſariis & quaſi falſariis pœna deportationis Iuſtinianeo Iure comparata eſt, ſi homines liberi fuerint ipſi rei; ſervi autem ultimo ſupplicio adfici jubentur.

l. 1. *§. ult. ff. ad leg. Cornel. de falſ. §. item l. Cornelia de falſis, Inſtitut. de publ. judic. Iul. Paul. 5. ſentent. titul.* 25. *ad L. Cornel. teſtamentar. Vide inprimis Menoch. de arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 4. *caſ.* 306.

58 Vnde eodem jure capitalem pœnam ſuppoſiti partus, [a] non de pœna mortis, [b] ſed de portatione ſive exilio interpretari convenit. [c]

[a] *de qua in l.* 1. *C. ad L. Cornel. de falſis.* [b] Vt voluit Afflict. *deciſ.* 21, *num.* 8. [c] Menoch. *d. lib. de arbitr. jud. cent.* 4. *caſ.* 306. *num.* 3.

59 Falſarius & quaſi falſarius olim etiam bonorum publicatione multabantur. [a] Verùm Iure novo bona ipſorum liberis, itemque parentibus uſque ad tertium gradum reſervantur. [b]

[a] *d. l.* 1. *§. ult. ff. ad L. Cornel. de falſis.* [b] *Novell.* 134. *c. ult. & Auth. bona damnatorum, C. de bon. proſcript.*

60 Eſt & illud hîc monendum, quòd teſtis, qui non circa ſubſtantialia, ſed circa qualitates & accidentalia cauſæ falſum dixit, non ordinaria falſi pœna, ſed extra ordinem judicis arbitrio punitur.

Menoch. *d. lib.* 2. *de arbitr. jud. cent.* 4. *caſ.* 307.

61 Teſtis item pecuniâ corruptus, ſi contra dantem numos depoſuerit, ex communi Dd. placito, pœna falſi non tenetur. Myn-

Mynsing.6.*obser*9.67.*num*.2.

Sed in quæstionem vocatur, an præsumatur testis scienter vel ignoran- 62
ter falsum testimonium dixisse? Et magis est, ut putemus, scienter ab eo fuisse falsum dictum.

Per argumenta quibus hanc conclusionem munit Menoch.*d.lib.*2.*cas.*308.

Quæritur & illud, an falsi pœna teneatur testis ex eo, quòd precium ac- 63
cepit, ut testimonium diceret, vel non diceret? Veritati autem propior illorum est sententia, qui id negant, existimantes, extra ordinem hunc coërceri.

Per ea, quæ post alios contrà quosdam scribit Menoch. *d.lib.cent.*4.*casu* 310.

Certant quoq; nostri de pœna ejus testis, qui extra judicium perhibuit 64
testimonium affirmatum, negatum verò in judicio, vel contra? Et quamvis contra Bartolum & quosdam alios, sentientes falsi pœnam in hunc etiam testem rectè converti, Baldus, Alexander, Didac. Covarruvias, Menoch. & alij, quos hîc memorat, leviter arbitrio judicis hunc testem coerceri statuant, [a] attamen non dubitamus, quin jure etiam falsi pœna testis hic affici possit: modò alterutra vice dolo malo falsum dixisse probetur. [b]

[a] Vide Menoch.*d.lib.*2.*de arbitr.jud.cent.*4. *cas.*312. [b] Cùm enim testis falsarius pœna falsi teneatur, *l.*1.*in princ.& §.*1.*§.*2.*l. lege Cornelia* 9.*§. pœna legis l.falsi pœna* 20.*ff. ad l. Corn. de fals.* Mynsing.6.*obs.*67.*num.* 2. non videmus, cur non æquè & hoc casu testis falsus pœna falsi plecti debeat. Voluit tamen Dd. nostri communiter, quòd prævaleat testimonium judiciale ei, quod extra judicium tributum est, Mynsing.6.*obser*6.14.

Vocatur in disceptationem [a] & illud, utrùm qui falsum commisit, absq; 65
dolo malo, judicis saltem arbitrio puniatur, an verò nulla pœna plectatur? Nos mediam secuti viam, opinamur, eum, qui culpâ suâ in damnum alicujus falsum admisit, civiliter tantùm, ex quasi delicto ad resarciendum illud damnum teneri. [b]

[a] Vide Menoch.*lib.*2.*de arb.jud.casu* 309.*num.*6.*in fine & num.*7.*& seqq.* [b] per textus adscriptos *thesi* 31.*disput.*2.*sub hac Classe* 4.*junct.argum. tit.Instit. de oblig. quæ quasi ex del.nasc.*

Est & illud notandum, quòd is, qui testamenti vel codicilli tabulas fal- 66
sas dixit, nec obtinuit, ad defuncti judicium adspirare non potest.

l.qui falsas 6.*C.ad L. Corn. de fals.*

Nec omittendum est hoc loco, quod cum morandæ solutionis gratia, à 67
debitore falsi crimen objicitur, nihilominùs salva executione criminis debitorem ad solutionem compelli debere.

*l.*2.*C.ad leg. Cornel. de falsis.*

CLAS. IV. DISPUTAT. XVI.

DE CRIMINE REPETUNDARUM,

crimine Fraudatæ annonæ, Peculatu, Sacrilegio furtivo, crimine Residuorum, Ambitu & Plagio.

THESIS I.

EX publicis criminibus reliqua nobis quæ sunt, nunc ordine persequi

juvat, veluti, Crimen repetundarum, [a] Crimen Fraudatæ annonæ, [b] Peculatus, [c] Sacrilegium furtivum, [d] Crimen Reſiduorum, [e] Ambitus, [f] & Plagium. [g]

[a] De hoc crimine vid. Tyber. Decian. *in Tract. at. Crimin. lib.* 8. *& capit.* 33. *& ſeqq.* 7. [b] vid. eundem Decian. *lib.* 7. *cap.* 21. [c] Inſpice Decian. *lib.* 8. *c.* 28. *& ſeqq.* [d] conſule eundem Decian. *lib.* 6. *cap.* 31. *& ſeqq* 7. [e] De hoc crimine lege Decian. *lib.* 8. *c.* 31. *& ſeq.* [f] conſule Decian. *lib.* 8. *c.* 21. *& ſeqq.* 5. Et Iodoc. Damhoud. *in praxi rer. crim cap.* 111. [g] De Plagio vid. Cyrill. Fulgeonium in ſumma Criminalium, *rubr.* 26. *de publicis judic. §. ult.* & Duaren. *ad tit. ff. ad L. Fab. de Plagiariis.*

2 Crimen Repetundarum [a] eſt publicum maleficium, [b] quod magiſtratus, vel alius qui in officio publico eſt, [c] ſordidè & turpiter ſe gerendo, [d] contra Legem Iuliam Repetundarum [e] committit.

[a] Dicitur Crimen Repetundarum *in l. ult ff. de l. Iul. Repetund.* [b] *l. ult. in fin. C. ad l. Iul. Repetund. l. 1. ff. de publ. judic. l. ex judiciorum 20. ff. de accuſat. & l. ult. ff. ad l. Iul. Peculatus.* [c] *l. 1. ff. de l. Iul. Repetund. & t. t. C. ad l. Iul. Repetund.* [d] *l. eadem. 6. § 2. ibi. Magiſtratus ab omni ſorde ſe abſtineant. ff. eod. tit.* Cujac. *in lib. 36. quæſt. Papin. pag.* 210. [e] *t. t. ff. de l. Iul. Repetund. & t. tit. C. ad l. Iul. Repetund.*

3 In hoc crimine ſpectamus universè tum ejus genera; tum viam & modum litigandi de eo

Vide Farinac. *quæſtion. criminal. 111. artic. 9.* Vbi hanc materiam abſolute tractat.

4 Genera criminis Repetundarum quatuor maximè ſunt: unum, ſi proconſul legatum ſuum ante ſe de provincia dimittat. [a] Alterum, ſi ſenator navem maritimam habeat. [b] Tertium, ſi magiſtratus in acceptum ferat opus publicum faciendum, frumentum publicè dandum, præbendum, adprehendendum, ſarta tecta tuenda, antequam perfecta, probata, præſtita lege erunt: [c] Poſtremùm ſi magiſtratus, vel alius, qui in officio publico eſt, à privatis ſordidè pecunias accipiat. [d]

[a] *Meminiſſe 10. §. 1. ff. de offic. proconſ.* [b] *l. 3. in fin. ff. de Vacat. mun.* [c] *l. Lex Iulia 7. §. illud quoque, 2. ff. de l. Iul. repetund.* vid. Cujac. *lib. 11. obſerv. c. 22.* [d] De hoc genere eſt *totus tit. ff. de l. Iul. repetund. & t. t. C. ad l. Iul. reper.* Eſt & aliud genus ſi magiſtratus calore iracundiæ induſtus interfecerit innocentem, vel quem punire non debuerat. *d. l. 7. §. fin. ff. h. t.*

5 Hoc quartum genus in duas diſcedit ſpecies: Vna eſt, cùm quis pro publica ſua poteſtate ab invito pecuniam extorquet. [a] Altera, cùm quis magiſtratus aut judex, vel horum miniſter, quò magis, aut minùs quid ex officio ſuo publico faceret, à volente commodum aliquod percipit: [b] veluti, ob judicandum, decernendumve, [c] ob teſtimonium denunciandum; [d] ob militem legendum, mittendumve: ob ſententiam in ſenatu, vel publico conſilio dicendam: ob accuſandum vel non accuſandum: [e] ob judicem, arbitrumve dandum, mutandum, jubendumve, ut judicet: vel ob non dandum, non mutandum, non jubendum ut judicet: ob hominem in vincula publica conjiciendum, vinciendum, vincirive jubendum, exve vinculis dimittendum: ob hominem condemnandum, abſolvendumve: ob litem æſtimandam, judiciumve capitis pecuniæve faciendum, vel non faciendum. [f]

[a] *l. 1. l. 2. l. 4. in princip. ibi, concuſſiſſe l. unu quiſque 5. ibi, concuſſum Cod. ad l. Iul. repetund.* [b] *l. 2. l. 4. Verſ. ſi quis ſecus, & l. ultim. Cod. dict. tit. & l. 1. l. 3. l. 4. l. 6. l. 7. l. 8. & l. 9. ff. eod. tit. Novell. 8. cap. 1. & 7.*

2 & 7. [c] *l.3.h.t.* [d] *l.6. in princ.* [e] *d.l.6.§.2.ff.h.t.* [f] *l.7. in princ.ff.eod. tit.* Vide per quam elegans consilium Volz. *in tract. de inquisit. consil.1.*

Neq; refert, commodum illud in donatione consistat, vel in venditione, 6
aut locatione. ut si pluris minorisve venditio, aut locatio facta sit.

l.pen.ff.de l.Iul.repetund. & l.ult.C.ad l.Iul.repetund.

Via & mõdus litigandi de hoc crimine duplex est: Civilis, & criminalis: 7
cui utrique locus est. etiam magistratu, & officio nondum finito.

l.4.C.h.t. Cujac. *in lib.36. quæst. Papin. pag.* 210. & Cyrillus Fulgeonius *in Summa criminal. Rubr.2.de publicis judic.§.9.*

Civiliter litigare de hoc crimine potest ille, cui invito magistratus, aut 8
alius, qui in officio publico est, pecuniam extorsit, & quidem dupliciter; Condictione scilicet ob turpem causam, [a] vel Condictione ex lege in quadruplum ejus, quod ablatum est. [b]

[a] *Per l.3.C.de condict.ob turpem causam*, vid. Donell. *libr.15. commentar.c.39.pag.*513. & Iohan. Robert. *lib.1.sentent.jur.c.*11. [b] *l.1.C.ad l.Iul.repetund. l.3.C.de assessoribus & Novell.8.c.1. & 7. & Novell.161. c.p.1.*

Quadruplum autem illud totum cedit actori spoliato, si adversus ipsũ- 9
met magistratum aut judicem agat: [a] qui ex suorum quoque comitum & ministrorum hujusmodi facto tenentur. [b] Quòd si consiliarius judicis, aut cancellarius, vel domesticus ejus prorector invito alicui quid abstulerit, & contra hunc spoliatus suam in quadruplum stringat actionem, duplum spoliatus accipit, & duplum fiscus adquirit. [c]

[a] *d.Novell.8.c.p.7. sive igitur à nobis. ubi, Quadruplum reddent totius quantum percepernnt, & ibi* Cujac. Idem Cujac. *ad Iul. Paul. lib.5. sent. t.* 28. Dissentit post Azon Wesemb. *in paratit. ff. de l. Iul. repetund. num.*5. Qui fisco hanc pœnam tribuunt. Accursius autem putat, civitati hanc pœnam inferri, *per Novell.*123. *c.p.*2. [b] *d.l.*1.C. *ad l. Iul. repetund. & d. Nov.*8. *c.*1. & 7. & *Novell.*161. [c] *d.l.*3.C. *de assessorib.* Cujac. *ad d. Novell.*8. & *in lib.*15. *Responsa Papin. pag.*580. *col.*2.

Criminaliter judicio publico quilibet ex populo experiri de hoc crimi- 10
ne potest, cujuscunque generis crimen fuerit.

Cùm enim lex Iulia Repetundarum, quæ publici judicij lex est, *l.1.ff. de public. judic.* hujus generis crimen coerceat, patet inde, quòd cujus etiam de populo accusatio hujus criminis permittatur, per text. *in §.1. Instit. de public. judic. & l.palam* 43. *§. senatus ff. de ritu nuptiar.* De posterioris generis specie prima est textus *in d. Novell.*8. *c.*7. *in fin.* de specie altera est textus *in d.l.ult. in fin.C. ad l. Iul. repetund.*

Quòd si crimen posterioris speciei quarti generis fuerit, reus & in qua- 11
druplum ejus quod accepit damnatur, [a] & insuper extraordinem punitur, quæ extraordinaria pœna convertitur quoque in omnem alium hujus criminis reum, criminaliter accusatum. [b]

[a] *d.l.ult. in fin.C. ad l.Iul.repetund.* [b] *lex Iulia.*7. *§. hodie ex lege repetundarum ff. de l.Iul. repetund.* Cœpen. *lib.2. observat.* 137. *per tot.*

Quadruplum autem illud non modò ab accipiente, sed & à dante exigi 12
hoc publico judicio potest, [a] idque totum fisco vindicatur. [b] Ille qui dedit, condicere datum nequit, cùm ejus turpitudo hic arguatur. [c]

[a] *d.l.ult. in fin.C. ad l.Iul.repetund.* [b] *l.ex judiciorum* 20. *ff. de accusat.* [c] *l.5. ff. de condict. ob turpem causam*, Cujac. *in lib.*15. *responsor. Papin. pag.*580. *col.*2.

Et licet ante actionem, vel accusationem mortuus sit reus, attamen ab 13
heredi-

Digitized by Google

Eſculentum quoque poculentúmve, quod intra dies proximos prodi- 19
gatur, magiſtratus licitè accipere poteſt.

l.plebi ſcire 18.ff. de offic.præſid.& l.ſolent 6.in fin.ff.de offic.proconſ.

Xenia item jure capere poteſt, ſi modum non excedat, ſed meminerit 20
proverbiis illius ὅτι πάντα, ὅτι πάντοθι, ὅτι παρὰ πάντων, id eſt, neque omnia, neq; quovis tempore, neque ab omnibus. Nam valdè inhumanum eſt, à nemine accipere; ſed paſſim viliſſimum eſt: & omnia, avariſſimum.

d.l.ſolent 6.§. ult.ff. h. t. Xenium à dono & munere differt, ut patet ex allegato loco, & docet Cujac. *d.lib.6.obſer.c.18.* Iudex quæ & quando munera accipere poſſit vide Vivium. *deciſ.* 113. Dn. D. Beſold. *de præm.& pœn.fol.188.num.7.*

SEQVITVR DE CRIMINE FRAVDATÆ ANNONÆ. 21
Crimen fraudatæ Annonæ eſt publicum maleficium, [a] quod committitis, qui contra utilitatem annonæ qui dolo malo agit. [b]

[a] *l.1.in fin.ff.de public.judic.* [b] *l.1.l.2.in princ.ibi, contra annonam fecerit & l.ult.§.ult.ibi, ad utilitatem annonæ ff. de l.Iul.de Annona.*

Circa hoc crimen triplex inſpectio incurrit: Vna, quæ contineantur an- 22
nonæ appellatione, & de modis, quibus admittitur hoc crimen: altera de his, qui, apud quem accuſare aliquem de hoc crimine poſſunt: Tertia de via litigandi de hoc crimine & pœna ejus.

Appellatio annonæ continet omnia, quæ ad victum humanum perti- 23
nent, ut eſt frumentum, panis, vinum, oleum, ſal, acetum, lardū, caſeus; [a] ligna item non ineptè huc à quibuſdam referuntur: [b] Et ſub militari annona contineri quoque videtur palea, [c] & fœnum: [d] quæ duo propriè capita vocantur. [e]

[a] *l.1.C.de erogatione militaris annonæ, lib.12.* Cujac. *ad Rubr. Cod. de Tributis & annonis, lib.10.* Tyber. Decian. *lib.7.Tract.Criminal.cap.22.nu.1.in fin.* [b] gl. ad *l.ſeptem dierum 12. C. de erogat.milit.annon.lib.12.* Fulgoſ. *conſil.115.incip. Iſtud nomen,* & Decian. *d.cap.22.nu.1.in fin.* [c] *l.2.C.de erogat.milit.an lib.12.* [d] *l.provincialium 8.C.d.t.* [e] Cujac. *ad l.ſuper creandis C.de jure fiſci, lib.10.& ad d.l.provincialium 8.C.de erogat.mil.an lib.10.*

Modi, quibus committitur hoc crimen hi ſunt: ſi quis ſocietatem coëat 24
quò annonæ carior fiat: vel navim, nautámve annonariam retineat, aut dolo malo faciat, quò magis detineatur: [a] ſi quis item monopolium annonæ exerceat, aut conſpirent vel paciſcantur negociatores, ne merces annonarias minoris, quàm inter ſe ſtatuerint, vendant: [b] Tum etiam ſi quis coëmptas merces annonarias ſupprimat, dum ex raritate & inopia caritatem affectat: Et ſi locupletiores quique fructus ſuos æquis precijs vendere negent, dum minus uberes proventus exſpectant: [c] aut quiſpiam ſtateras habeat adulterinas, vel menſuras falſas. [d]

[a] *l.2.ff.de l.Iul.de annona.* [b] *l.un.C.de monopoliis.* [c] *l.annonam 6.ff.de extraord.crimin.junct. d.l.2.ibi, qui contra annonam fecerit, quo annona carior fiat ff. de l.Iul.de annona* [d] *d. l.6.§. ult. onerant. ff. de extraord.crimin.*

Cæterùm quæri hoc loco poteſt, an cogere quem liceat magiſtratui, 25
merces annonarias juſto vendere precio? Id quod nos aſſerimus.

Per l.1.§. cura carnis. ff. de offic præf. ſt. urb. & l.1. Cod. de Epiſcopal. audientia. Et ſentiunt ita quos refert & ſequitur Decian. *lib.7.cap.22. nu.24.* ſed obſtare videtur *l. nemo externus 9. C. de in-*

de Iudæis & l. non enim 9. ff. de aſt. rerum amot. & l. 2. §. 1. ff. de l. Iul. de annona. Vide Covarr. *Variar. reſolut. cap. 14. num. 3. lib. 3.* Capell. Tholoſan. *deciſ. 446.* Gutierez. *quæſtion. civil. lib. 1. quæſt. 13. num. 2.* Dn. D. Beſold. *part. 2. de lib. ex lib. 48. ff. quæſt. 33.* Mynſing. *cent. 5. obſ. 27.* Petr. Gregor. *in ſyntagm. univerſ. jur. lib. 36. cap. 30. nu. 4. 10. & ſeq.*

26 Accuſare de hoc crimine reum poſſunt, qui alias ad accuſandum non admittuntur: veluti ſervus dominum ſuum, [a] tùm etiam mulier. [b]

[a] *l. 1. ff. d. tit.* [b] *l. ult. §. fin. ff. eod. tit.* Cœpen. *lib. 2. obſervat. 138.*

27 Accuſatio autem rei hujus criminis inſtituebatur in antiqua Romanorum repub. apud præfectum Annonæ.

l. ult. in fin. ff. d. t. & l. 1. C. de apparitorib. præfecti annonæ lib. 12. l. 2. §. Et hæc omnia 33. ff. de orig. jur. Fuit tamen præfectus annonæ ſub diſpoſitione præfecti urbi, & hic etiam annonæ civilis curam agebat *l. 1. C. de offic. præf. urbi & l. 1. §. cura carnis ff. d. t.* Cujac. *ad d. l. 1. C. de apparitorib. præf. annon. lib. 12.* in terris Eccleſiæ annonæ curam agunt Epiſcopi *l. 1. Cod. de Epiſcopali audient.*

28 De hoc crimine litigare quis poteſt, vel criminali judicio extraordinario, vel publico judicio. [a] Extraordinario criminali judicio, ſi quis annonarias merces coemptas ſuppreſſerit, vel locupletior aliquis, fructus ſuos æquis preciis vendere recuſet, vel modò menſurarum falſo utatur: quibus caſibus negotiatoribus ipſis, hujus peccati reis, negotiatione interdicitur: interdum etiam pro modo admiſſi relegari ſolent, & humiliores ad opus publicum dari. [b]

[a] vid. Decian. *in tract. Criminali lib. 7. cap. 22. nu. 39.* [b] *d. l. annonam 6. ff. de extraord. crim. & l. in damnandarios 37. ff. de pœnis.*

29 Monopolium exercentes, licèt principis reſcripto muniti ſint, extraordinario judicio criminali, propriis bonis ſpoliati in perpetuum exilium damnantur: Negotiatores verò, qui quaſi conſpiratione inter ſe facta, in populi perniciem pacti ſunt, ne minoris vel vendant merces ſuas eo, quòd ſtatuerint, convenerintvè invicem, quadraginta librarum auri pœna plectuntur.

d. l. un. C. de monopoliis.

30 Publicum judicium, quo vindicari poteſt crimen fraudatæ annonæ, eſt vel judicium legis Iuliæ de annona, vel legis Corneliæ de falſis.

31 Lege Iulia de annona tenentur omnes, qui contra annonam quid fecerint: [a] & quidem plectuntur 20. aureorum pœna. [b]

[a] *l. 1. & l. 2. in pr. ff. de l. Iul. de annona.* [b] *d. l. 2. §. ult. ff. d. t.*

32 Iudicio legis Corneliæ de falſis punitur, qui per ſtateras adulterinas annonam fraudavit: quiq; falſis menſuris oneravit annonam: qui ex D. Trajani edicto pœna legis Corneliæ de falſis, [a] deportatione [b] ſcilicet tenetur: verùm ex D. Hadriani decreto relegatione in inſulam coercetur. [c]

[a] *l. annonam 6. §. pen. ff. de extraord. crim.* [b] *l. 1. §. ult. ff. ad l. Cornel. de falſis, & §. item lex Cornelia de falſis, Inſtit. de publ. jud.* [c] *d. l. annonam 6. §. ult. ff. de extraord. crimin. & l. pen. §. 1. ff. ad l. Cornel. de falſis.*

33 NVNC DE PECVLATV. Peculatus eſt crimen publicum, [a] quod ab eo committitur, qui pecuniam publicam, ſacram, vel religioſam intercipit, [b] cùm ſuæ fideicommiſſa non ſit. [c]

[a] *l. ult.*

[a] *l. ult. ff. ad l. Iul. peculat. & l. 1. ff. de public. judic.* Vide de hoc crimine D. Berlich. *rom. 5. conclus. 57. per tot.* [b] *l. 1. l. 4. l. sacrilegi 9. §. Labeo ff. ad l. Iul. peculat. & §. item lex Iulia peculatus. Instit. de publ. judic.* [c] *d. l. 9. Labeo ff. ad l. Iul. peculat.* Obloqui videtur text. *in l. un. Cod. de crim. peculat.*

Ejus species duæ sunt: Una generis nomen retinet, & peculatus dicitur: 34
Altera sacrilegium appellatur.

Gilhausen. *arbor. criminal. cap. 2. tit. 28.*

Peculatus est, cùm quis publicam pecuniam sive rem intervertit. 35

l. un. C. de crim. peculatus. & l. sacrilegi 9. §. Labeo. ff. ad l. Iul. pecul.

Per publicam pecuniam intelligimus quoque eam, quam quis civitati 36
surripit.

l. Lege Iulia. 4. §. ultim. ff. ibi. t. sed obstare videtur *l. ob pecuniam. 81. ff. de furtis.* vid. Iacob. Cujac. *in lib. 1. Respons. Papin. pag. 14.* Duaren. *lib. 2. disput. anniversar. c. 26. &* Decian. *tract. crimin. lib. 8. cap. 28. nu. 11.* Bronchorst. *cent. 4. inscript. 90. assert. 86.* Arumæus *disputat. ff. 25. thes. 14.* Bachov. *in not. ad Treutl. Vol. 2. disput. 32. thes. ult. lit. E. fol. m. 1298.*

In hoc crimine spectamus tùm modos, quibus committitur, tùm etiam 37
pœnam ejus: tùm denique defensionem accusati rei.

Modi, quibus committitur peculatus hi sunt: si quis pecuniam publi- 38
cam auferat, in rem suam vertat, aut faciat quò quis eam auferat, intercipiat, vel in rem suam vertat: si quis in aurum, argentum, æs publicum quid indat, vel immiscat, aut sciens dolo malo faciat, quò quid indatur, immiscatur, quò id pejus fiat: [a] Si is qui in moneta publica operatur, extrinsecus sibi pecuniam signet forma publica, vel signatam furetur: si quis item ex metallis publicis aurum, argentum vé subtrahat, aut subtrahenti sinum præbeat: [b] Si quis tabulam æream, formam vé agrorum, aut quid aliud cõtinentem refigat, vel quid inde mutet, aut in publicis tabulis quid deleat, vel inducat [c] si quis injussu ejus, qui ei rei præerit, tabularum publicarum inspiciendarum, describendarumq; potestatem faciat: [d] si quis quod fisco debetur, simulans se fisci creditorem, accipiat: [e] si quis in tabulis publicis minorem pecuniam, quàm quid venierit, locaverit, scribat, aliudvé quid simile committat: [f] si quis muros perforet, vel inde aliquid auferat: [g] si quis prædam ab hostibus captam surripiat. [h]

[a] *l. 1. ff. ad l. Iul. peculat.* [b] *l. sacrilegij 6. §. qui in moneta, & §. seq. ff. d. t.* [c] *l. qui tabulam 8. ff. eod. tit. obstare videtur l. 2. ff. de l. Iul. Majest.* vid. Decian. *d. c. 28. n. 21.* [d] *l. sacrilegij 9. §. senatus. ff. h. t.* [e] *d. l. sacrilegij 9. §. eodem capite. ff. cod.* [f] *l. hac lege 10. in princ. ff. h. t.* [g] *l. qui perforavit 13. ff. h. tit.* [h] *l. penult. ff. eod. tit.* plures modos memorat Decian. *d. cap. 28.*

Peculatus pœna principalis alia est pecuniaria, [a] alia corporalis. [b] Pe- 39
cuniaria illa pœna est, ablatæ pecuniæ quadruplum, [c] quod etiam ab heredibus rei defuncti exigi potest. [d]

[a] *l. ult. ff. ad l. Iul. peculat.* [b] *l. 3. ff. d. tit. & §. item lex Iulia peculatus. Inst. de public. jud. & l. un. C. de crim. peculat.* [c] *l. sacrilegij 6. in fin. & l. pen. ff. ad l. Iul. Peculat. Paul. lib. 5. sententiar. 27. de l. Iul. peculat.* Damhoud. *in praxi rer. crimin. cap. 101. nu. 2. &* 3. [d] *d. l. ultim. ff. ad l. Iul. peculat. Quæ lex de publicatione bonorum intelligo non potest: quippe cum ea sit accessio deportationis, non principalis pœna l. 3. ff. ad l. Iul. peculat. & l. 3. ff. de interd. & releg. tit.* De pœna peculatus, vide Iacob. Alemann. *tract. de jure monet. consult. 2.* adde Coepen. *lib. 2. obs. 134.* Dn. Berlich. *dict. loc.*

40 Sed an quadrupli, vel dupli tantùm pœna teneatur, qui ſurripuit pecuniam fiſco debitam ſolum, & nondum ei incorporatum, quæritur? Nos & eum quadrupli pœnæ obnoxium exiſtimamus.

Per l. ſacrilegi 9. §. eodem capite, ff. ad l. Iul. peculat. contrarium volunt Cæpolla *conſil. 39. nu. 34.* Curt. Iun. *conſ. 19. nu. 13. verſic. circa ult.* & Tiberius Decian. *tr. Criminal. lib. 8. cap. 30. nu. 5.* pro quibus facere videtur *l. peculatus 12. ff. ad l. Iul. peculat.*

41 Peculatus pœna corporalis ex l. Iulia peculatus eſt deportatio, cui accedit bonorum publicatio. [a] Sed quia peculatus eſt furtum, idcirco hodie in locum deportationis, pœna ſuſpendij ſucceſſiſſe videtur. [a]

[a] *l. 3. ff. ad leg. Iul. Peculat. & §. item lex Iulia peculat.* [b] Damhouder. *d. cap. 27. num. 3.* Hieron. Treutl. *in comment. ad tit. ff. ad L. Iul. peculat.* & facit Conſtit. *Caroli V.* Zu der Peinlichen Halſsgerichts Ordnung / *artic. 162.* In judicibus qui tempore adminiſtrationis ſuæ pecunias publicas ſubtraxerunt, pœna hujus criminis eſt ultimum ſupplicium. *l. unic. C. de crim. peculat. & §. item L. Iulia peculatus. Inſtit. de public. judic.* Sed vide Dn. D. Beſold, *Vol. 2. conſil. 24.* ubi citati.

42 Quod ſi ipſi judices tempore adminiſtrationis, publicas pecunias ſubtraxerint, capitali animadverſione puniuntur, ut & hi, qui miniſterium eis ad hoc adhibuerunt, aut ſubtractas pecunias ſcientes ab illis ſuſceperunt.

l. un. C. de crim. peculatus, & §. item lex Iulia peculatus. Inſt. de publ. jud. facit quo ad opem ferentes *l. pen. C. ad L. Iul. de vi publ. vel priv.*

43 Eorum opinionem, qui peculatus crimen hodie quibuſvis capitale eſſe volunt, [a] non probamus. [b]

[a] Gothofred. *ad l. 3. ff. ad L. Iul. peculat.* Cujac. *ad Iul. Paul. lib. 5. tit. 27.* Nam *d. l. un. C. de crimin. peculat.* agit ſpecialiter & nominatim de judicibus ipſis, *ut & d. §. item lex Iulia peculatus, verſ. ſed ſiquidem ipſi. Inſt. de publ. judic.*

44 Comes item theſaurorum Imperatoris, ſi ex ipſis theſauris ſub ſpecie publici creditoris, aurũ cuiquam commendaverit ac dederit, capitali ſententiæ ſubjugatur: Et qui abſque Imperatoris autoritate accipit aurum ex ærario Imperiali occultè, aut cautionis, aut ſponſionis, vice, ut debitor redditurus, ablatis bonis omnibus perpetuæ deportationis ſubditur exilio.

l. 2. C. de ſiè, qui ex publicis rationibus lib. 10.

45 Qui ex metallis Cæſarianis aurum argentumvé furatus fuerit, ex edicto Divi Pij, exilio vel metallo, pro dignitate perſonæ, punitur.

d. l. ſacrilegij 6. §. ultim. ff. ad L. Iul. peculat.

46 Cæterùm qui furanti ex metallis publicis ſinum præbuit: aut ex metallo aurum illicitè habuit, non in corporalem, ſed prædictam quadrupli pœnam condemnandus videtur.

d. l. ſacril. 9. §. ult. ubi gloſſ. ff. d. t. Decian. *d. lib. 3. prax. criminal. cap. 30. num. 5.*

47 Eſt & hæc criminis hujus pœna quædam, quod ejus abolitio accuſatori non datur.

l. 3. C. de abolit.

48 Quod attinet defenſionem accuſati rei, tueri ſe adverſus accuſationem poteſt, qui exegit pecuniam à ſuo & fiſci debitore; ſiquidem non fiſci pecunia intercipiatur, quæ debitori ejus aufertur, cùm debitor ille fiſci nihilominùs maneat.

l. pecu-

l. peculatus 12. *ff. ad L. Iul. pecul.* obstare videtur *l. deferre* 18. *§. ult. ff. de iure fisci, & l. Sacrilegi* 9. *§. eodem capite, ff. ad l. Iul. peculat.*

Et quia peculatū non cōmittit is, cujus periculo publica pecunia est, iccirco si ille accusetur de hoc crimine, ab hac accusatione se eximere potest. 49

d. l. sacrilegi 9. *§. Labeo,* 2. *& §. is autem, ff. ad l. Iul. peculat.* Sed obstare videtur *l. un. C. de crimine peculat. §. item lex Iulia peculatus, vers. sed si quidem iustit. de public. judic.* Dn. Berlich: *dict. tom.* 5. *concluſ.* 57. *num.* 33.

Defendere item contra accusatorem se potest reus quinquennij præscriptione: siquidem peculatus crimen ante quinquennium admissum objici nequeat. 50

l. peculatus 7. *ff. ad l. Iul. peculat.* aliâs crimina regulariter vicennio tolluntur, *l. querela* 13. *C. ad l. Cornel. de falsis.*

Succedit peculatus species altera, SACRILEGIVM FVRTIVVM: quod vel propriè vel quasi sacrilegium est. Propriè ejusmodi sacrilegium est, cùm quis publicam rem sacram, vel religiosam intercipit: [a] quem jura propriè sacrilegum appellant. [b] 51

[a] *l. sacrilegi* 9. *§.* 1. *& 2. & l. hac lege* 10. *§.* 1. *ff. ad l. Iul. peculat.* Tyberius Decian. *tract. Crimin. lib.* 8. *c.* 28. *nu.* 8. ubi affirmat in re quoque religiosa fieri sacrilegium. [b] *l.* 4. *§.* 2. *d. l. sacrilegi* 9. *in pr. ff. ad l. Iul. peculat.* Vide tractat. Meum *de furt. cap.* 2. *fol.* 93.

Cæterùm dubitatur, an sacrilegium sola rei sacræ contrectatio faciat; an verò etiam id requiratur, ut è loco sacro res ea auferatur, ita ut sacrilegium non sit, si res sacra è loco prophano surripiatur? Nos prius, non posterius necessariò exigimus. 52

Per text. in lege sacrilegi 9. *§.* 1. *ff. ad l. Iul. peculat. & ordinat. crimin. Caroli V. artic.* 171. Cujac. *lib.* 13. *obser. c.* 19. *in fin. &* Duaren. *ad tit. ff. ad l. Iul. peculatus cap.* 2. *in fin.* Adversari videtur *l. sacrilegij* 6. *in princ. vers. Caterùm. ff. hoc tit. & l. aut facta* 16. *§. locus, ff. de pœnis.* Vide Me *dict. cap.* 2. *num.* 29.

Quæritur & illud, an sacrilegium sit, si quis rem privatam in æde sacra depositam surripiat? Cum Marciano Iurisconsulto ex Divi Severi & Antonini Imperatorum rescripto furtum, non sacrilegium esse dicimus, cum res privati sit in alicujus bonis non nullius. 53

Per text. in l. Divi Severus 5. *ff. ad leg. Iul. peculat. Cicero tamen. lib.* 2. *de legibus. inter rem sacram & sacro commendatam non distinguit.* obstare videtur *dict. l. aut facta* 16. *§. locus fecit, ff. de pœnis. c. si quis contumax & c. quisquis* 8. *similiter* 17. *q.* 4. *& de ordinat. Crimin. Caroli V. artic.* 171. 172. *&* 184. *vide Duaren. d. c.* 2. *& Cujac. d. c.* 19. Vide Me *dict. cap.* 2. *num.* 33.

Quòd si ipsemet ædituus, der Meßner/ surripiat rem sacram, nunquid sacrilegii reus erit? Affirmamus: Nisi res ipsa ipsius cura & periculo sit commissa. 54

d. l. sacrilegi 9. *§.* 1. *ff. ad l. Iul. peculat.* obsistere videtur in eadem *l. §. Labeo. vers. & ideò ædituum, & §. is autem.*

Pœna sacrilegij pro rei & temporis conditione, & personæ qualitate est arbitraria. [a] Qui enim monstrantias, in quibus sacramentum altaris conservatur, surripuit, igne vivus comburitur. [b] 55

[a] *l.* 4. *§.* 2. *& l. sacrilegii* 6. *in princ. ff. ad leg. Iul. peculat.* Peinliche Halßgerichts Ordnung Keyser Carls deß *V. artic.* 172. *d. l. sacrilegij* 6. *in princ. ff. ad l. Iul. peculatus.*

Qui verò calices, patinas, aliavé sacra vasa ex sacro vel alio loco furatus 56

probatur, ſimiliter capite punitur: [a] ſed modò hac, modò alia capitali pœna ex conſilio juriſperitorum. [b]

[a] *l. ſacrilegi 9. in princ. ff. de r. l. aut fact. 16. §. locus ff. de pœnis.* [b] *d. l. ſacrilegi 9. in princ. ff. eod.* & Peinliche Halßgerichts Ordnung *d. artic. 172. Anno 1602. Tubingæ die 12. Febr.* quidam ſacrilegus, qui noctu in templo furatus erat calices, patinas, pecuniam ex arca eleemoſynarum, & pannos ſericos ad ſuggeſtum pertinentes; & alia plura commiſerat privata furta, ſuſpendio & igne punicbatur.

57 Similiter punitur, qui furti faciendi animo templo, aut ſacraria ferramentis aperit.

Peinliche Halßgerichts Ordnung *artic. 172.*

58 Qui autem modicum aliquid rei ſacræ de templo tulit, veluti ceram, candelabrum, altaris linteum, &c. ut vulgaris fur puniri jubetur, ſi non ferramentis ſibi aditum ad has ſacras res fecerit.

Peinliche Halßgerichts Ordnung *Artic. 174.*

59 Quaſi ſacrilegium eſt, cùm quis arcam eleemoſynarum aperit, atque inde quid ſurripit, aut ſurripere laborat: cujus pœna corporalis eſt, & quandoque pro rei conditione, & perſonæ qualitate capitalis.

Peinliche Halßgerichts Ordnung *artic. 173. Anno 1607. in Januario,* Juvenis quidam Stutgardiæ, qui bis pecuniam pauperibus in templo datam ſurripuerat, & primò bacos ſex, poſtea duos florenos cum dimidio abſtulerat, ex ſententia facultatis noſtræ juridicæ virgis cæſus relegabatur.

60 Eſt item quaſi ſacrilegium, ſi quis vel privata ſacra, [a] vel rem prophanam in æde ſacra depoſitam [b] furetur: Cujuſmodi ſacrilegium, cùm majus furto ſit, minus verò ſacrilegio, ita propriè dicto, ſeverius in hunc ſacrilegum animadverti debet, quàm in ſimplicem furem, mitius verò quàm in ſacrilegum proprium. [c]

[a] *l. ſacrilegi 9. §. 1. ff. ad leg. Iul. peculatus.* [b] *d. can. ſi quis contumax 5. ſacrilegium ergò. & c. ſeq. 5. ſimiliter ſacrilegium 17. quæſt. 4.* Peinliche Halßgerichts Ordnung *artic. 171. & artic. 174.* [c] *d. l. ſacrilegi 9. §. 1. ff. ad leg. Iul. peculat. d. l. aut facta 16. §. locus ff. de pœnis.* Peinliche Halßgerichts Ordnung *dict. artic. 174.*

61 Eſt & aliud ſacrilegium ſuperiori proximum, & adfine, divinæ ſcilicet legis ſanctitatem aut neſciendo omittere, aut negligendo violare, & offendere: [a] Item contemnere, & violare ſacras conſtitutiones principum: [b] tum etiam diſputare de principis judicio, veluti dubitare, an is dignus ſit, quem Imperator elegerit: [c] ut & petere ejus provinciæ adminiſtrationem, ex qua originem ducimus, [d] quam tamen ultronea liberalitate ab Imperatore delatam ſuſcipere licet. [e]

[a] *l. 1. C. de crim. ſacrilegij* [b] *l. ultim. C. de priviſegiis eorum, qui in ſacro palat. milit. l. 1. Cod. ut dign. ordin. ſerv. & l. lege repetita 13. C. de erog. milit. anno. libr. 12.* [c] *l. diſputare 5. C. de crimine ſacrilegij l. ſacrificij 5. C. de diverſ. reſcript.* [d] *l. ultim. C. de crim. ſacrilegij,* Iul. Paul. *lib. 5. ſentent. tit. 12. §. item præſides.* Sed obſtare videtur *l. 2. C. de offic. prætor.* ubi cavetur, ne prætores in urbe fiant, niſi qui in ea domicilium habent, vid. Cujac. *ad tit. C. ut nulli patriæ ſuæ adminiſtratio ſine ſpeciali permiſſu principis permittatur.* [e] *d. l. ultim. C. de crim. ſacrilegij,* & *facit l. in conſ. Iuris 10. C. de aſſeſſoribus l. ſi cui 38. in princ. ff. ex quib. cauſ. maj.* & *l. 3. ff. de offic. aſſeſſor.*

62 Succedit CRIMEN RESIDVORVM, quod eſt publicum male-

ficium,

ficium, [a] commissum ab eo, qui cum publico officio præesset, pecuniam publicam in usum aliquem delegatam retinuit, neque in eum usum consumsit. [b]

[a] *§. sunt præterea. Inst. de public. judic. & l. ultim. ff. ad L. Iul. peculat.* [b] *l. 2. l. 4. §. leg. Iulia, & §. seq. l. sacrileg. 9. §. ult. ff. d. tit.* Consule Dn. Berlich. *tom. 5. conclus. 57.* adde Cœpen. *lib. 2. observat. 139.*

Hujus criminis reus lege Iulia de residuis, actione residuæ pecuniæ te- 63
netur, [a] & amplius tertia parte, quam debet, punitur: [b] quæ actio etiam adversus heredes transit. [c]

[a] *l. sacrilegi 9. §. ultim. ff. ad leg. Iul. peculat.* [b] *d. l. 4. §. qua lege damnatus. ff. d. t.* [c] *d. l. ultim. ff. eodem.* Gilhausen. *in arbor. judic. crimin. cap. 2. tit. 28. num. 8. & seq.*

Qui autem, cum deponit administrationem, ad ærarium profitetur pe- 64
cuniam, quæ penes se est, in hoc crimen non incurrit.

d. l. sacrilegi 9. §. ult. ff. ad l. Iul. peculat.

AMBITVS est crimen publicum, [a] quod committit ille, qui in pro- 65
vinciis magistratum, vel quovis loco sacerdotium per suffragia dato vel promisso quopiam sibi deferre conatur, [b] vel munus publicum, quod gessit, antequam suæ administrationi rationes reddat, repetit. [c]

[a] *l. 1. ff. de public. jud. & §. sunt præterea, Inst. eod. tit.* Cæterùm ambitus à crimine alienus videtur, per text. *in l. un. C. de suffragio*, de qua l. vide Duaren. *lib. 2. disp. c. 21.* Alciat. *lib. 2. parador. c. 14.* & maximè Ioan. Robert. *lib. 2. recept. sententi. c. 21.* [b] *l. un. ff. de l. Iul. ambit. l. ult. C. ad l. Iul. repetund. Novell. 8. cap. 1. & 7. Novell. 161.* [c] *l. un. C. ad l. Iul. de ambitu.*

Sunt ergò ambitus species duæ: Vna generis nomen retinet, & ambitus 66
dicitur: [a] altera simonia appellatur. [b]

[a] *d. l. un. ff. de l. Iul. ambit. & l. un. C. eod.* [b] *l. si quenquam 31. C. de Episcop. & cler. c. 1. c. non satis & ec. seqq. & tot. tit. extra de simonia*, Menoch. *lib. 2. de arbit. jud. cent. 5. casu 401.*

Ambitus ita specialiter dictus, vel propriè ambitus est, vel est quasi am- 67
bitus.

d. l. un. in fin. ibi, ad instar legis Iuliæ ambitus C. ad l. Iul. de ambitu.

Ambitus propriè est, cum quis precio suffragium de magistratu, in pro- 68
vincia aliqua vel civitate, adipiscendo mercatur.

d. l. un. §. 1. ff. de l. Iul. de ambitu Novell. 8. c. 1. & 7. Novell. 161. Coëpen. *lib. 2. observ. 136.*

Quasi ambitus species duæ sunt: una, cum quis novum vectigal insti- 69
tuit, vel quis reus aut accusator domum judicis ingreditur: [a] altera, cum ille, qui muneri publico præfuit, antequam administrationis suæ rationes reddiderit, idem munus repetit. [b]

[a] *d. l. un. §. penult. & ultim. ff. de l. Iul. ambitus.* Sed vid. Duaren. *ad eundem tit.* & Tyber. Decian. *in tract. criminal. lib. 8. cap. 22. nu. 17. & c. 23. nu. 5.* [b] *d. l. un. C. ad l. Iul. de ambitu.*

Pœna ambitus ita propriè dicti, & quasi ambitus prioris speciei ex l. Iu- 70
lia ambitus, deportatio erat, [a] sed ex Constitutione Iustiniani est quadruplum ejus, quod pro suffragio datum est, si quis ad regendam provinciam ambitu promoveri desideraverit, adeptus administrationem, & sordidè in provincia versatus sit: [b] ex Senatusconsulto est centum aureorum, cum infamia; si quis in municipio magistratum precio ambierit, vel novum

vectigal instituerit, aut si reus, vel accusator domum judicis ingressus probetur. [c]

[a] *per d.l.un. in fin. C. ad l. Iul. ambit. & Iul. Paul. lib. 5. sent. tit. 30.* [b] *l. ult. C. ad l. Iul. repetund. Novell. 161. c. 1. in fin.* Cujac. *ad Novell. 8. vers. eodem crimine, eademq; pœna.* [c] *d.l.un. §. pen. & ult. ff. de l. Iulia ambitus.* Coepen. *dict. observat. 136.*

71 Restituitur tamen in integrum, qui damnatus lege Iulia ambitus aliam convicerit de eodem crimine: pecuniam autem non recipit.

d.l.un. §. qua lege. ff. dict. tit.

72 Pœna quasi ambitus posterioris speciei est deportatio.

d.l. ult. C. ad leg. Iul. de ambitu.

73 SIMONIA est, cum quis sacerdotium suffragio precii sibi comparat; cujus criminis reus jure Justinianeo non solùm à gradu sacerdotii retrahitur, sed & perpetua infamia notatur: ut & ille, qui accepit pro suffragio. [a] Quin etiam pro hac causa, quod datum est precium, vel promissum Ecclesiæ, vindicatur illi, cujus sacerdotium Simoniacus petiit. Et si laicus sit, qui accepit precium, aut ejus promissionem, duplum dati vel promissi Ecclesiæ eidem dare jubetur.

[a] *dict. leg. si quenquam 31. Cod. de Sacr. Sanct. Eccles. & Novell. 123. c. 2. §. pro omnibus.* Vran. *tom 2. consil. 43. & tom. 3. consil. 4.* de hoc crimine vide Coras. *in Senatusconsult. Cur. Tholosan. c. 91. per tot.*

74 Sed nunquid Simonia est, si quis pro resignatâ præbendâ aliquid accipiat? Affirmamus.

Per text. in c. tuas nos, extr. de Simonia, & c. fin. extr. de part. Vide Scabinor. Lipsens. resolutiones *quæstionum juris insignium, quæst. 102.*

75 Jure item Canonico variis pœnis Simoniæ crimen coercetur. Prima est, privatio gradus Ecclesiastici. [a] Secunda excommunicatio Pontificia. [b] Tertia Depositio, & infamia. [c] Quarta pœna pro rei, facti, & personæ qualitate arbitraria est. [d]

[a] *c. si quis Episcopus, & c. presbyterum. 1. quæst. 1. c. audivimus extr. de Simonia.* [b] *c. reperiuntur, 1. quæst. 1.* [c] *c. sanè 15. quæst. 3. & c. inquisitionis in princ. extr. de accusat.* [d] ut post alios, quos refert, & sequitur, ostendit Menoch. *lib. 2. de arbitr. jud. cent. 5. casu 401. num. ultim.* Boer. *dec. 117.*

76 Reliquum nobis est PLAGIVM. Est autem Plagium crimen publicum, [a] quod is committit, qui sciens dolo malo liberum hominem invitum alienat, ab alienante accipit, [b] aut supprimit sive celat; [c] vel servo alieno, ut à domino fugiat, persuadet, [d] aut eum domino invito vel inscio suscipit, & celat, [e] vel proprij servi fugam vendit. [f]

[a] *l. Plagij crimine 13. C. ad l. Fab. de plagiar.* [b] *l. 1. l. 4. ff. de l. Fab. de plag. l. quoniam 7. l. abdu-centi. l. liberum sciens 15. Cod. dict. tit.* [c] *l penult. §. ultim. ff. eod. l. si fratrem 5. l. plagij. 14. Cod. d. tit. & l. Pollo & sarcinator 28. §. qui ancillam ff. de furtis.* [d] *d.l. penult. §. ult. ff. hoc tit. l. 1. l. 2. C. eod.* [e] *d.l. 2. l. cum qui 9. l. si quis 12. & l. plagij 14. C. d. tit. l. 3. in princ. l. cum 5. & l. seq. ff. hoc tit.* [f] *l. 2. per tot. & maxime, §. ult. ff. eod. tit. d. in fuga 6. C. d. tit.* Coepen. *lib. 2. observat. 135.* Gilhausen. *in arbitr. crimin. cap. 2. tit. 10.*

77 Pœna hujus criminis, ex lege Fabia de plagiariis, pecuniaria est: [a] verum ea in usu esse desiit, nisi proprius servus, in fuga constitutus, sit alienatus.

[b] Et

[b] Et ceperunt hujus criminis rei pro modo delicti coerceri, & capite puniri, [c] & plerunque in metallum damnari. [d] Qui autem plagiarius viventis filij miserandam infligit parenti orbitatem, si ingenuus fuerit, gladio confumitur [e]: sin servus, aut libertus, bestiis subjicitur. [f]

[a] *l. lege Fabia* 12. *ff. de manumissionibus.* [b] *l. in fuga* 6. *ubi gl. C. ad l. Fab. de plag.* Wesemb. *in parar. ff. h. tit. in fin.* [c] *l. ultem. ff. h. t.* [d] *l. 1. ff. eod. tit.* [e] *d. l. ultim. ff. h. t. & l. ultim. C. eod.* [f] *d. l. ult. C. h. tit.* Heigius. *lib. 2. quæstion. jur.* 32.

Socius item hujus criminis, eadem pœna tenetur. 78

l. comparatum 10. *C. h. tit. & l. pen. in fin. ff. eod.*

Iure divino, [a] & Canonico, [b] omnis plagiarius, qui sciens dolo malo hominem liberum vendit, morte punitur. 79

[a] *Deut.* 24. *& Exod.* 21. [b] *cap. 1. extra de furt.* Sed obstat, quòd pœna mortis Iure Canonico potestati seculari relinquitur, *c. in archiepiscopatu. extra de raptor.* De hoc crimine ejusq; pœna videndus Petr. Gregor. Tholosan, lib. 36. syntagm. *cap.* 31, *num.* 5. 6. *& 7.* Menoch. *lib. 2. d. arbitr. jud. quæst. cent. 6. cas.* 336.

Clas. IV. Disputat. XVII.

De quasi delictis.

THESIS I.

EX negotiis, quibus obligatio constituitur, reliquum nobis est quasi maleficium. [a] Est autem quasi maleficium, cum quis culpa [b] sua alij nocet. [c]

[a] *Vide thesin* 39. *disput.* 1. *sub classe* 2. [b] Non dolo, sed sola culpa quasi maleficium sive delictum committitur, uti arguit *tot. tit. Instit. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc.* & textus *in l. si quis absens* 5. *§. si Iudex litem. & §§. seqq. ff. de oblig. & act.* Vide Hotomanum *ad princip. d. tit. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. in Verb.* Quasi ex maleficio teneri & *ad §. item si, ex cujus in Verb. Plerunque ob ulteriùs. Instit. d. t. & ad §. præterea si medicus, in Verb. Quia malè secuerit. Instit. de lege Aquil.* Sed obstare putatur, quod lex aquil. quæ verum & proprium delictum coercet, etiam ad culpam pertinet. [c] Verbum nocere pertinet tam ad ea, quæ in rem facta sunt *l. is cujus* 25. *ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend.* quàm ad ea, quæ in corpus admittuntur *l. 1. §. hæc autem Verba, ff. de his qui effud. vel dejecer.*

Hujus genera duo sunt; unum, quo alteri jam verè nocitum est: Alterum, quo solo futuri damni metu incusso alicui nocetur. 2

Prioris generis species duæ sunt: una, cum quis suo proprio facto alicui nocet: altera, cum quis facto alterius nocere alicui dicitur. 3

Primæ speciei exemplum est, cùm Iudex per imprudentiam malè judicando litem suam facit. 4

[a] *l. ult. ff. de extraord. cognit. d. l. si quis* 5. *§. si judex. ff. de obligat. & act. & tot. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* Dico PER IMPRVDENTIAM, nam qui dolo malo, puta, gratia, inimicitia, sorde malè judicaverit, ex proprio tenetur delicto *l. filiusfam. judex* 15. *ff. d. jud. & tot. tit. C. de pœna judic. qui male judic.* Coepen. *lib. 2. obser.* 87.

Est autem hìc litem facere suam, non suam quasi causam agere ut Budæus voluit, [a] sed ut rectè Donellus sensit, [b] litis periculo se obstringere. 5

[a] Budæ.

[a] *In annot. ad pandect. ad l. ult. ff. de ædil. ed. pag. mihi* 189. *fac.* 2. [b] *lib.* 15. *Commentar. pag.* 27. *pag.* 457. *circa finem.*

6 Et malè judicare dicitur judex, cùm aliter judicat, quàm legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est.

§. Instit. de officio judicis, Donell. *lib.* 15. *commentar. cap.* 27. *pag.* 457. *vers. Quinta species.*

7 Vnde Iudex si non pronunciet de expensis à parte petitis, litem suam facit.

Iohan. Baptist. Asin post alios, quos refert, & sequitur *in praxi judicior. §.* 32. *ampliat.* 39. *num.* 5. *pag.* 389. Berchtoldus *in processu judic. thesi* 356. *per l. properandum* 13. *§. sive autem* 6. *Cod. de judic.*

8 Similiter in casu obscuro & intricato, si non sequatur judex opinionem communem, malè judicat, & litem suam facit. [a] Non enim judicanti recedere à communi opinione fas est, nisi ex evidenti ratione, [b] ut si alia non communis sententia propriùs ad legum textus & veritatem accedat, [c] & graviores autoritates habeat, [d] vel rei similiter judicatæ autoritas illi adsistat. [e]

[a] Ita vulgò traditum est *per c.* 1. *Ne innitaris, extra de constit.* & sequitur Thomas Linus *ad dict. princ. Tit. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* & ibidem etiam post alios Iohan. Schneidewin. *num.* 16. & facit *l. minimè* 23. *l. si de interpretatione* 37. *& l. seq. ff. de legibus.* [b] Bald. *ad l.* 2. *Cod. de pœna judicis, qui malè judicavit*, Dd. ad *dict. cap.* 1. *extra de constit.* Thomas Linius *ad §. Responsa prudentium, in verb. non liceret, Instit. de jure natur. gent. & Civil.* [c] *c. Capellanus. ibi, posterior sententia meliori & subtiliori nititur ratione, extra de feriis, l. quod non ratione.* 39. *ff. de legib. & l.* 1. *§. sed neque ex multitudine auctorum C. de veteri jure enucleand. & in orat. Justiniani de conceptione digestorum §. sed neque ex multitudine auctorum.* Pertinet huc, quod *Exodi cap.* 23. scribitur, non sequeris turbam ad faciendum malum, nec in judicio plurimorum adquiescas, ut à vero devies. Et quando à communi Dd. opinioni recedi possit. Vide Menoch. *de præsumpt. lib.* 2. *præsumpt.* 71. Mascard. *Vol.* 3. *conclus.* 1138. Nebelkre. *decis.* 4. [d] *argum. l. Divi* 17. *ff. de jure patronatus, §. quæ omnia conjecta sunt* 9. *in orat. Justin. de confirmatione digestorum & l.* 2. *l.* 3. *ff. de testib.* & sentit ita Thomas Linius *ad dict. §. responsa prudentum in verb. non liceret, Instit. de jure natur. gent. & Civile, per l. Nam Imperator.* 38. *ff. de legibus.*

9 Quod si autem ita, ut dixi, malè judicaverit per imprudentiam judex, quasi delinquere dicitur, & ex quasi illo delicto actione infactum parti læsæ tenetur, in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur.

d. l. ult. ff. de extraord. cognit. d. l. si quis 5. *§. si judex ff. de oblig. & act. & Tit. Instit. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc. in princ.* Hæc actio per viam appellationis in judicio supremo Wirtembergico expensarum nomine agitabatur *Anno* 1603. *die Julij* 5.

10 In errorem ergo raptus Donellus, quando contra auctores juris scribit, [a] hunc Iudicem ob ejusmodi factum ex vero, & proprio delicto teneri.

[a] *lib.* 15. *commentar. cap.* 27. *in fin. pag.* 459. *& cap.* 42. *in fin.*

11 Quid verò si litigator, judicis imprudentis sententia læsus, appellare possit, intermittat autem appellationis auxilium, nunquid adhuc judicem ex quasi delicto obligatum habet? Affirmamus.

Per text. *in l. si per imprudentiam* 51. *in princ.* ubi gloss. *ff. de testib. l. si sine* 22. *§. cum autem, ibi, injuria judicis. Item ibi, propter injuriam judicis, ff. Rem ratam hab. d. l. cum infundo* 78. *§. Quæsitum est vulgar. ff. de jure dot. & l.* 1. *in princ. ubi gl. ff. de appellat.* Sentit ita Bart. *quæst.* 9. *num.* 15. 16. & 17. quo loco variis argumentis hanc quæstionem examinat. Adhæret eidem decisioni

Thomas

Thomas Linius *ad dict. princ. Tit. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. in verb. æquum religioni judicantis.* Menoch. *de arbitr. judic. quæst. lib. 2. cas. 339. cent. 4. nu. 10.* Sed obstare videtur *l. si procuratorem 8. §. Quod & ad actionem ff. mandati*, atque alia argumenta, quæ movet Bart. *dict. quæst. 9. nu. 1. 2. 3. 4. & 5.* Sed quando judex qui vel per imperitiam vel per sordes injustè judicavit punitur, tractat Menoch. *lib. 2. de arbitr. judic. quæst. cent. 4. cas. 339. & 342.* Farinac. *part. 3. prax. crimin. quæst. 111. art. 14. nu. 360. & seqq. & art. 435. & seqq.*

Quòd si litigator victus provocet, & in appellationis judicio vincat, expensas tantùm appellationis à Iudice illo inferiore consequi potest. 12

d. l. si sine. 22. §. cum autem. & §. seq. ff. rem ratam hab. Bart. *dict. quæst. 9. nu. 19.* & Thomas Linius *supra dict. loco. & ibi etiam* Schneidevv. *nu. 13.*

Similiter si nulla fuerit judicis sententia, litis duntaxat expensæ ab eo peti possunt, cùm litigator jus principale retineat illæsum. 13

gl. & Dd. *ad d. l. ult. ff. de extraord. cognit.* Bart. *dict. quæst. 9. nu. 20.*

Expensas item solum jure exigit pars à judice, qui per imprudentiam malè judicavit, si interposita sit appellatio, sed negligentia partis deserta. 14

Bart. *dict. quæst. 9. nu. 20. &* Thomas Linius *supra dict. loco, & facit text. in c. damnum tit. de Reg. jur. in 6.*

Cæterùm si in appellationis judicio sententia judicis inferioris fuerit confirmata, hanc in factum actionem pars victa contra judicem movere non potest. 15

Per l. à proconsulibus 19. C. de appell. Bar. & Thom. Linius *proximè citatis locis.*

Neq; experiri hoc judicio adversus judicé quis potest, si ex consilio suorum adsessorum, quorum sententias sequi tenetur, malè judicaverit judex. 16

Donell. *dict. lib. 15. cap. 27. pag. 458. lin. 20. & seqq.* Dissentit gl. *magna in l. 2. in fin. ff. Quod quisq; juris:* quam ibi sequuntur Dd. Bald. *in l. Municipia C. de servis fugit.* Felin. *in c. super quæstionem, 5. Verum, nu. 8. & 9. ext. de offic.*

Non est hoc loco omittendum, quod ex sententia Dd. Iudex quoque in administranda justitia negligens, litem suam facere dicitur, quo ad damnũ, quod inde parti obvenit. & actione in factum tenetur. 17

Andr. Gail. autoritate multorum, quos memorat *lib. 1. obser. & pract. obser. 28. nu. 7.*

Quod de judice hactenus diximus, exaudiri volumus etiam de judice pedaneo, compromissario, & arbitro. 18

Per text. *in l. si quis in conscribendo 29. in fin. ubi* vide Alciat. *C. de pact. & facit l. 1. ff. de recept. qui arbitr. receper.* Thomas Linius & Iohan. Schneidevv. *ad princ. tit. Inst. de obligat. quæ quasi ex delict. nasc.*

Quid verò, si aliquis juris, ac negotiorum imperitus, homo rusticanus, ad Iurisconsultum veniat, eiq; litem, quæ sibi à vicino moveatur, exponat, petens ab illo juris consilium, idq; ejusmodi auferat. ut non cedat adversario, sed quoad possit, & præsenti judicio persequendo & à sententia provocando resistat, atque hanc Iurisconsulti autoritatem secutus, dum litem sectatur, damnum patiatur maximum; nunquid huic rustico actio hæc in factum contra jurisperitum & consultorem illum danda erit? Affirmamus cum Alciato, & Hotomano, si ab aliis omnibus jurisperitis opinio ejus fuerit damnata, quippe cùm inde apertè & perspicuè ejus imperitia arguatur. Negamus verò, si a quibusdam tantùm ejus consilium reprobetur, quidam autem reperiuntur, qui eandem ipsius opinionem defendunt. 19

Alciat. *ad l. cedere diem 213. §. ult. ff. de verb. sign.* Hottoman. *ad §. Praterea si medicus, in verb. quia male secuerit Instit. de lege Aquil.* Atque hanc decisionem probat *text. in d. l. cedere diem 213. §. fin. & l. Iaſa culpa 223. ff. de verb. ſign. & l. regula 9. §. ſed ſacti ff. de juris & facti ign.* At obstare viderut *l. 2. §. ult. ff. Mandati l. conſilij 47. ff. de Reg. Iur. & c. Nullus ex conſilio Tit. de Reg. Iur. in 6.* per quos text. in contrariam abit ſententiam Thomas Linius *ſupra dict. loco.* Sed vide Donell. *lib. 18. comment. cap. 2. pag. 120.*

20 Non est hoc loco omittendum, quod si filiusfam. litem suam fecerit, cum patre nulla est actio, sed cum ipso filio agendum est.

§. ſi filiusfam. Vero quod in filiofam. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex delic. l. filiusfam. 15. in pr. ff. de judic.

21 Est præterea primæ speciei exemplum in medico, qui venam alicui per imperitiam malè secuit, aut perperam alicui medicamentum dedit. Ex quo facto & quasi delicto, si homo lædatur, medicus ille actione legis aquil. ad damnum resarciendum tenetur.

l. qua actione 7. in fin. & l. ſeq. ff. ad leg. aquil. & §. imperitiæ quoque, ubi vide Hottomanum; & consentientem nobis Wesemb. *Inſt. de lege Aquil.*

22 Idem nobis judicium est de omni eo, qui imperitia sua, vel quo alio culposo suo facto, non dolo, alicui damnum adfert. Nam & hunc ex quasi delicto teneri vel legis Aquiliæ, vel in factum actione pro damni dati ratione asserimus.

Hoc argumento, quod dolus delictum, culpa quasi delictum formet, dico, pro damni dati ratione, spectans scilicet distinctionem, quæ præponitur *in §. ult. Inſt. de leg. aquil. de qua in theſi 21. diſputationes 2. ſub hac claſſe 4.*

23 Hinc commissarius, testium examini deputatus, si quid imprudenter in testium examinatione committat, ex quasi delicto in factum actione læso tenetur.

Iohan. Faber. & Iohan. Schneidewin. *nu. 9. ad dict. princ. tit. Inſt. de oblig. quæ quaſi ex delict. naſc.* quibus nostrum calculum addimus per textus adscriptos thesi 54. *diſputationum 2. ſub hac Claſſe 4.*

24 Similiter Notarius qui imperitè confecit instrumentum parti damnosum, ex quasi delicto parti læsæ in factum actione tenetur.

Per text. *in l. ult. C. de magiſtratibus conſtituend.* & Dd. quos sequitur Ioan. Schneidewy. *nu. 10.* & Thomas Linius *ad dict. prin. tit. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex delict. naſc.*

25 Ad hæc primæ speciei exemplum & illud est, si ex alicujus ædibus vel nave in eum publicum vel privatum locum, quo vulgò iter fieri solet, aut in quo consistitur, interdiu vel nocte ab ipsomet habitatore improvido quid dejectum vel effusum sit, eoque alicui nocitum.

d. l. ſi quis abſomit 5. §. is quoque ex cujus cœnaculo ff. de oblig. & actionib. & §. item si. ex cujus, junct. §. De eo Vero. Inſtit. de oblig. quæ quaſi ex delict. naſc. l. 1. in princ. & §. parvi l. Hoc edictum 6. §. 1. & §. habitator, & tot. tit. ff. de his, qui effuder. vel dejec. de dejectis & effuſis ex navi est l. penult. §. ult. d. tit.

26 Per dejectum & effusum intelligimus etiam, quod suspensum decidit, & quod pendens effusum est.

l. 1. §. quod cum & §. 3. §. pen. ff. d. t.

27 Ob hujusmodi autem factum habitator ex quasi delicto in factum actione

actione tenetur, in duplum damni dati: [a] quæ actio perpetua est, & heredi competit, non autem in heredem. [b]

[a] *l. 1. in pr. & §. hac in factum actio ff. eod. tit.* [b] *l. si vero 5. §. Hac autem actio ff. d. tit.*

Ne recipimus Donelli [a] sententiam, existimantis, hunc ob ejusmodi factum ex vero, non quasi delicto obligari. 28

[a] *lib. 15. commentar. cap. 42. pag. 532. lin. 30. & seqq.*

Neque admittamus opinionem Cujacii, [a] asserentis, hunc ex proprio & vero maleficio obligari, ac teneri non hac in factum actione, [b] sed judicio legis Aquiliæ. 29

[a] *In notis posteriorib. ad dict. tit. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* [b] *contra d. l. Hoc edictum 6. §. Habitator. juncta l. 1. §. ult. cum l. 2. ff. de his, qui effuder. vel dejec.* Donellus quoque in proposito casu huc actioni locum esse affirmat, *d. cap. 42. pag. 532.*

Non tamen diffitemur, hunc eundem & legis aquiliæ actione utiliter conveniri posse. 30

l. si vero 5. §. cum autem ff. de his qui dejecer. vel effuder. juncto §. caterum placuit, Instit. de lege Aquil.

Quod si liber homo ex dejecto occisus fuerit, hæc in factum actio, in quinquaginta aureos comparata est, [a] quæ popularis est & annalis, nec heredi, nec in heredem datur. [b] 31

[a] *l. 1. in pr. vers. si ex ictu homo liber. & §. sed cum homo liber, ff. de his qui effuder. vel dejec. dict. §. ob hominem vero liberum, Inst. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* [b] *l. si vero 5. §. Hac autem actio, vers. Quæ autem ff. de his qui effuder. vel dejec. l. ult. ff. de popular. action.*

Erit autem hoc casu popularis hæc sit actio, attamen ex pluribus eam desiderantibus ei potissimum datur cuius interest, vel qui affinitate cognatione ve defunctum contingit. 32

d. l. si vero 5. §. Hac autem actio, vers. Dummodo sciamus ff. d. t. l. 2. l. 3. §. 1. ff. de popularib. actionibus.

Cæterùm si liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve est, læsum fuerit, tunc actio hæc in factum competit, ad mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt; præterea etiam in operarum æstimationem, quibus ipse læsus caruit aut caiturus est, ob id, quod inutilis est factus. Cicatricum autem, aut deformitatis nulla fit æstimatio, quia liberum corpus nullam recipit æstimationem. 33

l. ult. ff. de his qui effuder. vel dejec.

Est autem hæc actio ipsi læso perpetua: sed si eius heredes experiri velint, annua duntaxat erit; quippe cum in corpore libero quod damni datur, jure hæreditario ad successores non transeat, quasi non sit damnum pecuniarium. 34

d. l. si vero 5. §. Hæc actio, vers. sed si liber occisum ff. d. t.

Quod si plures diversis in cœnaculis habitent, tunc actio in eum solum datur, ex cuius cœnaculo dejectum vel effusum est. 35

d. l. si vero 5. in princ. ff. eod. tit.

In eodem autem cœnaculo si plures habitet, in quemvis hæc actio stringitur: [a] cùm impossibile sit scire, quis dejecisset, vel effudisset; [b] Et quidem in solidum. Sed cum uno si actum fuerit, cæteri liberabuntur, at perceptionem 36

ptionem non litis contestatione: præstaturi partem damni, societatis judicio, vel utili actione, ei, qui solvit. [d]

[a] *l.1.§. ult. ff. de his, qui dejec. vel effud.* [b] *l.2. ff. d.t.* [c] *l.3. ff. eod.* [d] *l.4. ff. h.t.*

37 Item dicimus, si ex mediano cœnaculi quid dejectum sit.

d. l. si vero 5. §. interdum vers. quod si ex mediano ff. d.t.

38 Ex æquitate tamen in eum potiùs datur, ex cujus cubiculo, vel exedra dejectum est, licet plures in eodem cœnaculo habitent.

d. l. si vero 5. §. interdum ff. h. t.

39 Contra hospitem qui itineris causâ ad alium divertit, hæc actio non movetur, sed in eum qui ipsum recepit, qui tamen in factum actionem in ipsum hospitem vicissim intendere potest.

l. 1. §. Hac in factum actio 5. Habitare §. si filiusfamil. d. l. 5. §. si horrearius & §. seq. ff. eod. tit.

40 Sequitur prioris generis quasi delicti species altera, de eo, qui facto alterius nocere alicui dicitur. Hujus speciei exemplum est in eo, ex cujus ædibus, vel nave tertius aliquid interdiu vel nocte dejecit, aut effudit quid pium, quo alii noceatur. Hic enim ob tertii illius factum ex quasi delicto obligatur ejus damni nomine.

l. si quis absentis 5. §. Is quoq; ex cujus ff. de oblig. & act. & §. Item is ex cujus. Instit. de obligat. qua quasi ex delict. nasc. l. pen. §. 1. & Tot. tit. ff. de his qui effud. vel dejecer.

41 Actio autem, qua convenitur, est actio in factum, comparata in duplum damni in re quadam dati, perpetua scilicet, & heredibus, non autem in heredes tributa.

d. l. 1. in princ. & §. Hac in factum actio & d. l. 5. §. Hac autem actio. 5. ff. d. t. & §. De eo vero, Instit. de oblig. qua ex quasi delict. nasc.

42 Ob hominem verò liberum ex dejecto occisum quinquaginta aureorum pœna constituta est; [a] pro qua petenda actio popularis intra annum competit; non tamen heredi, nec in heredem: Et licèt popularis sit hæc actio; attamen in ea præfertur is, cujus interest, & qui magis est idoneus. [b]

[a] *§. ob hominem vero liberum, Inst. d. t. & l. 1. in princ. ff. de his qui effuder. vel dejecer.* [b] *d. l. 5. §. Hac autem actio 5. ff. d. t. l. 2. l. 3. §. 1. l. mulieri 6. & l. ult. ff. de popularib. action.*

43 Quod si vivat liber homo, nocitumq; ei dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Iudex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraq; impendia, quę in curatione facta sunt; præterea operas, quibus caruit, aut caruiturus est ob id, quod inutilis est factus.

l. ultim. ff. de his qui effuder. vel dejecer. & §. si vero vivat, Instit. de oblig. qua ex quasi delict. nasc.

44 Si filiusfam. seorsim à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo eius dejectum, effusumve fuerit, nulla in patrem actio est, sed cum ipso filio agendum est.

§. si filiusfam. Inst. d. t. & l. 1. §. si filiusfam. ff. de his qui effuder. vel dejecer.

45 Huius item generis exemplum est in exercitore navis, cauponæ, stabuli, si quis eorum, quorum operâ navem, cauponam, stabulum exercet, aut habitandi causa in caupona sunt, ipsa in navi, caupona, stabulo, vectioribus

aut

aut viatoribus damnum det, aut furtum faciat. Cùm enim aliquatenus culpæ reus sit exercitor, quòd operâ malorum hominum uteretur, aut inhabitatores malos eligeret, ex quasi maleficio, actione in factum, ipsis vectoribus vel viatoribus hujus damni aut furti nomine in duplum tenetur.

§. item exercitor navis, & §. ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. & d. l. 5. §. ult. ff. de oblig. & action. l. pen. & ult. ff. Naut. caupon. stabul. & l. un. §. ult. ff. furti adversus naut. caup. stabul.

Quod si viatoribus datum sit damnum, aut furtum factum ab eo, qui repentino hospitio receptus est, puta alio viatore, ipse exercitor cauponæ non tenetur: [a] ut nec tenetur, si prædixerit, ut unusquisque res suas servet, nec enim damnum se præstiturum: modò tamen viatores, & vectores consenserint huic prædictioni [b] 46

[a] *d. l. pen. §. in factum actione, ff. d. t. l. un. §. ult. ff. furti adversus nautas, caupon. stab.* Ludovic. a Peguera. *quæst. crimin.* 45. Dn. D. Besold. *in delib. jur. ex lib. 4. ff. tit. ult. num.* 25. Busius. *lib. 4. subtilit. cap. 2.* [b] *d. l. ult. in princ. vers. Item si prædixerit ff. naut. caup. stab.*

Est & illud hîc notandum, quòd signum cauponæ adpensum, obligat cauponem excipiendis sine delectu omnibus viatoribus. 47

l. un. §. ult. ff. furti adversus naut. caup. stab. & facit l. in commodato. 17. §. sicut autem. 3. ff. commodati & l. 4. C. de collat. fundor. patrimi. lib. 11. Cujac. *in lib. 22. Pauli ad edictum, pag. 354.* Matth. Stephani. *cent. 4. quæst. 30. Ist. B.* Speckhan. *cent. 1. quæst. 23.*

Est præterea hujus generis exemplum in eo, qui ob noxiam sui vel bruti animalis vel servi obligatur. 48

Hunc etiam ex delicto teneri sentit quoque Ioh. Oldendorp. *class. 6. act. 13. num. 3.* & arguit textus *in §. si servus domino. vers. Namque inter, Inst. de noxalibus act.* Convincitur etiam ex eo, quod hic de dato ejusmodi damno tenetur, ut proinde personalis sit actio, qua convenitur.

Noxia est ipsum maleficium, sive nocens servi, brutæve animantis factum: Vt si furtum faciat servus, vel rapinam, vel injuriam, vel servus aut brutum animal alicui alio modo noceat. 49

§. Noxa autem, Instit. de noxalib. act. Non tamen publicum servi maleficium, sed privatum ejus delictum noxia appellatur *l. quid sit fugitivus 17. §. Noxas accipere debemus, ff. de ædilit. edict.*

Brutæ animantis noxia est, vel pauperies, [a] vel pastus pecoris. [b] Illa est damnum sine injuria facientis datum; Nec enim potest animal, quod sensu caret, injuriam fecisse dici: [c] Hic verò damnum propriè non est. [d] 50

[a] *Tit. Inst. & ff. si quadrup. pauper. feciss. dicatur.* De pauperie vide Donell. *lib. 15. commentar. cap. 44. pag. 546. & seq.* [b] Paul. *lib. 1. sentent. tit. 15.* Vbi Cujac. facit *l. ult. C. de leg. Aquil.* juncta *l. Qui servandarum 14. §. ult. ff. de præscript. verb.* Aliud est pauperies, aliud pecoris pastus. De pasci enim est uti: Vti autem non est propriè damnum dare *l. qui occidit 30. §. si quis alienum ff. ad leg. Aquil.* [c] *§. Pauperies autem, Inst. si quadrup. pauper. feciss. dic. l. 1. §. 3. ff. d. t.* [d] *per fundamenta sub lit. B. adducta.*

Si pauperies commissa sit, dominus ex leg. 12. tab. actione de pauperie tenetur: [a] quæ duplex est, directa & utilis. [b] 51

[a] *d. l. quæ servandarum 14. §. ult. ff. de præscript. verb. & tot. tit. Inst. & ff. si quadrup. pauper. feciss. dic.* [b] *l. 4. ff. d. t. gl. ad §. ult. in verb. contra naturam, & in verb. actio, & ad §. ult. in verb. habebat. Inst. eod. tit.*

52 Directa hæc actio competit, si quadrupes mansueta pauperiem fecerit, & quidem ea, cui ingenita feritas non est.[b] Utilis hæc actio est, si non quadrupes, sed aliud animal mansuetum,[c] vel quadrupes fera, aut canis ferox pauperiem fecerit.[d]

[a] *d. l. 4. ff. si quadrupes pauper. feciss. dic.* [b] *§. caterum si genitalis*, ubi gl. VVesembec. & alij *Instit. d. t. l. 1. §. sed etsi canis. & §. in bestijs. & l. 2. in fin. ff. eod. tit. junct. §. ult.* ubi gl. Hotomannus & alij *Instit. h. t.* Oldendorp. *cl. 1. ß. 6. act. 13. nu. 2.* adde Dn. D. Besold. *ad lib. 9. ff. qu. 1.*

53 Quòd si autem fera bestia evaserit potestatem nostram, & naturalem libertatem receperit, & sic nocuerit, hac actione non tenemur:[a] ut nec si ferox noster canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit, & alicui damnum dederit; si contineri firmius ab alio poterit, vel per eum locum induci non debuit: Tenetur tamé qui canem ducebat actione legis aquiliæ.[b]

[a] *§. Denique si versus. Instit. si quadrupes pauper. feciss. dic.* [b] *l. 1. §. sed & si canis. ubi gloss. & Dd. ff. d. t.*

54 Quod si animal nostrum non proprio motu sed propter loci iniquitatem, aut propter culpam mulionis, aut plus onerata in aliquem onus everterit;[a] vel instigatu alterius, dolove concitata nostra fera damnum dederit,[b] cessat hæc actio.

[a] *l. 1. §. Itaque ff. h. t.* [b] *d. l. 1. §. Sed & si instigatu & §. seq. ff. eod.*

55 Nec etiam teneor hac vel alia actione, si aries vel bos meus occiderit vicini arietem, vel bovem, si hic meum priùs fuit aggressus.

l. 1. §. cum arietes ff. eod. tit.

56 Est autem hæc de pauperie actio noxalis, ut qua convento & condemnato nocentis animalis domino liberum est, vel litis æstimationem sufferre, vel brutum animal vivum noxæ dedere.

l. 3. C. de Noxalib. actionib. l. in princ. & §. Noxa autem ff. si quadrup. pauper. feciss. dic. & Instit. Tit. eodem in princ. ubi, quibus domino damnato & §. Ideoque si noxali. Instit. de offic. judic. & l. 1. ff. de his qui effuder. vel dejec. Solius noxæ deditionis nullum est judicium, sed pecuniaria actio præcedit, noxæ deditio sequitur *l. 6. §. 1. ff. de re judic. l. si ambo 12. §. quoties ff. de compensat.*

57 Competit autem hæc actio tum domino, tum etiam ei, cujus interest, puta commodatario & fulloni, &c.

l. 2. ff. si quadrup. pauper. feciss. dic.

58 Et datur adversus dominum, non cujus fuit pecus, cùm noceret, sed cujus nunc est: Quòd si in jure interrogatus, an sua esset quadrupes, respondérit non esse suam, in solidum condemnatur, si constiterit, eius esse animal.

l. 1. §. & cum. & §. Interdum autem. ff. d. t. & §. omnia autem. Instit. de noxalibus actionibus.

59 Competit verò etiam liberarum personarum nomine, si fortè patremfam. aut filiumfam. vulneraverit quadrupes: Scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cùm liberum corpus æstimationem non recipiat: Sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus quis est, inutilis fructus.

l. 2. ff. si quadrupes pauper. feciss. dic.

60 Cæterùm si canis ferox, verres, aper, ursus, leo, ibi habeatur, qua vulgò

iter

iter est, & pauperiem commiserit, non modo hæc de pauperie actio locum habet. [a] Sed & si nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquũ judici videtur, tanti dominus ædilitia actione conventus condemnatur, cæterarum verò rerum quanti damnum datum sit, dupli. [b]

[a] *§. ultim. Instit. si quadrupes pauper. fecisse dic.* [b] *§. cæterum. hæc est. d. t. l. hi enim 40. & l. qui fulgo 42. ff. de ædilit. edict.* Paul. *lib. 1. sentent. Tit. 15. §. Ferè. & ibi Cujacius.*

Vt de pauperie, sic & de pastu pecoris actio ex lege 12. tab. noxalis est, proinde dominus pecoris, de hoc damno condemnatus, vel litis æstimationem sufferre, vel ipsum pecus noxæ dedere jubetur. 61

l. ultim. C. de lege Aquilia jun. ff. d. l. Qui servandarum 14. §. ult. ff. de præscript. verb. Et servi hic expressè Iul. Paul. *lib. 1. sentent. tit. 13. in prin. & ibi* Cujac. Hanc etiam actionem esse ex quasi delicto agnoscit Oldendorp. *class. 6. act. 19. n. 3.*

Quemadmodum de brutæ animantis noxia, sic & de noxia sui servi dominus tenetur noxali actione, sive ob privatum servi delictum conveniatur, [a] sive ex eo, quod popularem actionem parit, [b] non etiam si publicum admiserit delictum. [c] 62

[a] *Instit. de noxalib. actionib. in princ. & tot. eod. tit. ff.* [b] *l. 1. §. 1. l. 5. §. prætor. ff. de his qui effuder. vel dejec.* Cujac. *lib. 2. observ. cap. 40.* [c] *l. Hac stipulatio 200. ff. de verb. sig. l. quod si fugerit 17. §. noxas accepere debemus. ff. de ædilit. edict.*

Competit autem hæc actio in solum, qui nunc est, dominum [a] insciũ, aut vetantem, vel qui vetare non potuit [b] 63

[a] *Summa autem noxalis. Instit. de noxalibus.* [b] *l. 2. l. 3. l. 4. & aliquot seqq. ff. de noxalib. act. l. ult. C. eod. tit.*

Quod si autem dolo malo fecerit dominus, quo minus in potestate servum delinquentem habeat, ut neget se in potestate eum habere, actor autem nolit contentus jurejurando domini, actio in solidum competit sine noxæ deditione. 64

l. 2. §. 1. ff. si ex noxali causa agatur l. si heres 16. ff. de noxalib. act. l. si servus non sit 17. ff. de interrogat. in jure faciend. Vide Cujac. *lib. 22. observ. cap. 9. & in commentar. ad lib. 6. Pauli ad edict. pag. 103. & seq.*

Hactenus de priori genere: Posterioris generis exemplum est in eo, qui supra eum locum, ubi vulgò iter fieri aut consisti solet, quid periculosè positum, aut suspensum habet, ita ut possit, si ceciderit, nocere alicui. 65

l. 5. §. penult. Servi cui similis est is. ff. de oblig. act. & actionib. §. cui similis. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc. l. 5. §. Prætor ait. & ne quis. §§. seqq. ff. de his, qui effuder. vel dejecer.

Positum verò aut suspensum habere intelliguntur inquilini vel domini ædium, sive inhabitent, sive non, qui aut posuerunt ipsi, aut ab alio positum vel suspensum patiuntur, cùm prohibendi jus esset. 66

d. l. 5. §. aut Prætor. ne quis 8. & §. positum habere. ff. d. t.

Ex hoc quasi delicto nascitur in factum actio, in pœnam decem aureorum, [a] cuivis ex populo [b] comparata: Directa, & utilis: Illa, si positum quid sit in suggrunda vel protecto, hæc si alibi, puta in pergula vel reticulo. [c] 67

[a] *Per text. ad præcedentem thesin adscriptos.* [b] *d. l. 5. §. ult. ff. de his qui effuder. vel dejec.* [c] *d. l. 5. §. penult. ff. de fuer. l. 5. §. pen. Servi cui similis. ff. de oblig. & act. & §. cui similis, Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.*

Et

68 Et quia in popularibus actionibus is, cujus interest præfertur, [a] idcirco hæc in factum actio etiam heredibus, alijsque successoribus, non autem in heredes competere dicitur. [b]

[a] *l.3. §.1. ff. de popularibus actionibus.* [b] *dict. l. ultim. ff. de his, qui effuder. vel dejecer.*

69 Si servus insciente domino fecisse dicetur, noxalis hæc est actio.

d. l.5. §. prætor ait, ne quis, ff. d. tit.

70 Cæterùm, quæ actio locum habeat, si id, quod periculosè suspensum vel positum est, deciderit, & nocuerit alicui, non abs re fuerit hoc loco investigare? Arbitramur autem eandem hanc actionem directam vel utilem stringi posse adversus dominum, & inquilinum, qui positum habuerunt; [a] Eosdem quoque actione in factum ex edicto de effusis & dejectis teneri; [b] In tertium verò, qui posuit, actionem legis aquiliæ de toto damno rectè moveri, existimamus; [c] Vt & ipsum ædium dominum, & inhabitatorem, si actor hac potiùs, ut pinguiori, quàm illa in factum actione experiri malit. [d]

[a] *d.l.5. §. prætor ait* 11. *Serf. coercetur autem juncto §. seq. ff. de his, qui effuder. vel dejec.* [b] *l. 1. §. quod suspenderetur* 3. *ff. d. tit.* [c] *d. l. 5. §. pen. ff. eod. junct. §. caterum placuit, Inst. de leg. aquil.* [d] *l. 5. §. pen. ff. de his, qui effuder. vel dejec. junct. d. §. Caterum placuit. Instit. de leg. Aquil.*

71 Est item hujus posterioris generis exemplum in eo, cujus opus in privato agro manu factum efficit, ut aqua pluvia aliter currendo, quàm naturâ fluere solet, vicino agro nocitura sit.

l. 1. §. in summa l. supra 11. *§. officium in fin. l. Antaus* 14. *§. in hoc judicium & l. 1. ff. de aqua & aquæ plu. arcend.* Cujac. *in lib.* 49. *Paul. ad edictum p.* 328. *&* 339.

72 Atque hoc factum quasi delictum esse vel hinc apparet, quòd inde actio in personam nascitur, quæ dicitur actio aquæ pluviæ arcendæ, [a] quæ non prætoria, sed legitima est; [b] quod item hæc actio servi nomine est noxalis. [c]

[a] *l. si certius* 6. *§. aquæ pluviæ arcend. ff. eod. tit.* [b] *l. si usufructus* 22. *§. ult. ff. d. t.* Oldendorp. *class. 6. act.* 21. *num.* 1. Cujac. *in lib.* 49. *Paul. ad edictum pag.* 328. [c] *l. si tertius* 6. *§. pen. Serf. sed si servus. ff. h. t. junct. pr. tit. Inst. de noxalib. actionib.*

73 In hac actione spectamus tum ejus causam, tum ad quid, cui, & adversus quem competat.

74 Causa hujus actionis in quatuor hisce consistit. I. Vt aqua pluviâ sic, què vicino constet nocitura. [a] II. Vt opus manu factum sit, quo illa nocebit aqua [b] III. Vt opus illud factum sit in loco privato, non in publico loco. [c] IV. Vt aqua pluvia noceat agro, seu fundo, non ædificio, vel oppido. [d]

[a] *l. 1. in princ. & §. in summa, ff. de aqua & aquæ pluviæ arcend.* [b] *d. l. 1. Hæc autem & §. in summa, ff. d. t.* [c] *l. 3. §. pen. l. si in publico* 18. *ff. eod. tit.* [d] *l. 1. §. item sciendum* 10. *ff. h. tit.*

75 Excipitur tamen opus, I. quod agri colendi causâ propter fruges fructusvé recipiendos aratro, vel manu factum est [a] II. Quod publica autoritate factum est, aquæ emittendæ causâ. [b] III. Quod factum est ab ijs, qui primi agros illos constituerunt. [c] IV. Quod quis in suo facit non egerendæ, sed avertendæ aquæ causâ, quæ priùs in agrum ejus influere non solebat.

bat.[d] V. Quod factum est causa derivandæ ejus aquæ, quam domino jure servitutis vicinis agris impositæ in eos agros emittere licet.[e]

[a] *l. 1. §. de eo opere. §. seq. §. sed & si quis. §. Labeo. ff. & §. seq. & l. Vicinus 24. ff. de aqua & aquæ pluv. arcend.* [b] *l. 2. §. Cassius & l. quod Principis 23. in princ. ff. d. t.* [c] *d. l. quod Principis 23. in princ. junct. l. Labeo ad l. 19. ff. eod.* [d] *l. 2. §. pen. ff. h. t.* [e] *l. 1. §. ult. ff. d. t.* Tria autem sunt, per quæ inferior locus superiori ad aquam ejus excipiendam servit, lex, natura, loci, vetustas; *l. 1. §. ultim. l. 2. in princ. & aliquot §§. seqq. ff. eod. tit.*

Competit autem hæc actio duarum rerum nomine, ut opus, quod factum est restituatur, & ut damnum, quod post litis contestationem contingit, sarciatur. 76

l. si tertius 6. §. officium. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend. Restituere autem non aliter videtur, quam si aquam coerceat. l. si usufructus 22. §. non aliter. ff. d. tit. id est, curet, ne influat. l. 2. §. pen. ff. eod. tit.

Et quidem sua impensa opus tollere adversarius fundi dominus tenetur, si ipsemet opus fecit, quod si alius fecit, pati duntaxat tenetur, ut actor tollat. 77

l. 5. l. si tertius 6. §. pen. l. is cum quo 7. l. supra 11. §. apud l. emptor 12. & l. seq. ff. d. tit. l. 3. §. item si locum. ff. de alienat. judicij mutandi causa facti.

Quod si dominus jussus restituere opus, aut restituentem pati, non restituat, aut patiatur restitui, judicis officium erit eum condemnare, [a] in id quod interest actoris [b] jurejurando illius æstimatum.[c] 78

[a] *l. Vicinus 24. §. pen. ff. de aqua & aquæ pluv. arcend.* [b] *pas. text. in l. si quis ab alio 13. in princ. & §. ult. ff. de rejudic. l. si pœnam 68. ff. de verbor. oblig. & §. Non solum res. Instit. d. tit.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 47. pag. 575.* [c] Est enim hæc actio arbitraria, ut in qua restitui quid oporteat officio judicis, *d. l. Vicinus 24. §. pen. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend. junct. §. præterea. Instit. de actionibus.* In quo actionis genere locus est jurejurando in litem. *l. qui restituere, 68. in fin. ff. de rei vindic. l. 2. §. 1. & l. 5. ff. de in litem jurando.* Et de hac aquæ pluviæ arcendæ actione expressè id scribit Donell. *d. cap. 57. pag. 575.*

Datur autem hæc actio domino fundi illius, cui aqua nocere potest, [a] nisi passus fuerit vicinum opus facere, ex quo ei aqua pluvia noceat.[b] 79

[a] *l. si tertius 6. §. si quis prius. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend.* [b] *l. Labeo 18. ff. d. t.*

Vnde fructuario hæc actio directa non competit, [a] utilis tamen ei non denegatur, [b] multò minus Emphyteutæ.[c] 80

[a] *l. 3. §. ult. ff. eod. tit.* [b] *l. si usufructus 22. in princ.* ubi Bart. *ff. hoc tit.* [c] *l. si quod Principis 23. §. 1. ff. d. tit.*

Tribuitur autem adversus solum dominum fundi, in quo opus factum est, quo aqua pluvia nocitura sit. [a] Vtilis tamen hæc actio etiam contra fructuarium datur, [b] licèt directa convenire non possit, [c] proindeque & contra Emphyteutam conceditur. 81

[a] *l. 4. §. pen. & ult. l. si in publico, 17. in fine principij. ff. de aqua, & aquæ pluv. arcend.* [b] *l. usufructus 22. in princ. & §. ult. ff. d. t.* [c] *l. 3. §. ultim. ff. eod.* [d] *per d. l. quod principis 23. §. 1. ff. h. tit.*

Cæteri verò, ut colonus, procurator, item venditor talis fundi, tenentur interdicto, quod vi, aut clàm, [a] & venditor ille etiam in factum actione de alienatione judicii mutandi causa facta, item post annum actione doli.[b] 82

[a] *l. 4. §. penult. & ultim. l. Aristo 14. ff. de aqua & aquæ pluv. arcend.* [b] *d. l. Aristo 14.*

& l. post conditionem 16. ff. d. tit. & l. 3. §. item si locum. ff. de alienat. judic. mutand. causa facta. Cujac. *in commentar. lib. 49. Paulo ad edictum. pag. 337.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 47. pag. 576.*

83 Quod si plures sint domini fundi, singuli in partem experiuntur, & singuli in partem conveniuntur.

l. si tertius 6. §. 1. & §. seq. & l. supra iter 11. §. officium. ff. de aqua & aquæ pluv. arcend. vide Cujac. *in comment. in lib. 49. Paulo ad edictum. pag. 347. & seq.*

84 Denique heredi. & in heredem tribuitur hæc actio.

l. si tertius 6. §. penult. & l. si usus fructus 22. in princ. ff. hoc tit.

Class. IV. Disputatio XVIII.

De damno infecto, et novi operis nunciatione.

THESIS I.

VTraque hæc juris nostri pars, de damno infecto, & novi operis nunciatione, ad posterius quasi delicti genus [a] propè accedit. [b]

[a] *De quo disputatione proxima.* [b] "Prospicit enim damno futuro, quod à re aliena nostræ impendet. *l. 7. in pr. & §. 1. & seq. ff. de damno infect.*

2 Damnum infectum, est illud damnum, quod patrimonio nostro à re vicini ruinosa obventurum timemus.

l. 2. l. 3. ff. de damno infect.

3 Circa hoc autem damnum duplex generalis inspectio incurrit: una de genere hujus damni: altera de juris remedio, contra hoc damnum nobis comparato.

4 Genus hujus damni Gajus Iurisconsultus his explicat verbis: sive ædium vitio, sive operis, quod vel in ædibus, vel loco urbano, aut rustico, private publicove fiat, damni aliquid futurum sit: curat Prætor, ut timenti damnum caveatur.

l. rerum 19. §. 1. l. fluminum 24. §. idem Servius 5. & §. ult. ff. de damn. infect. De opere quod fit in loco publico, est quoque textus *in l. si finita 15. §. 2. & 55. seq. l. fluminum 24. in pr. ff. d. t.* de eo, quod fit in publico, vel privato loco, est similiter textus *in l. §. nunciamus in fin. ff. de oper. nov. nunciat.*

5 Quin etiam hujusmodi damnum dicimus, quod ab arboribus caducis metuimus.

d. l. fluminum 24. §. item apud. ff. de damno infect.

6 At ne damnum naturale sit, vel quod casu fortuito aut tertij culpa accidat, requirimus

l. fluminum 24. §. sed ut ne quid. in fin. §. seq. §. præterea. & 26. seqq. l. damni infecti 43. in princ. ff. de damn. infect. Quod de culpa tertij dicimus, à veritate alienum esse videtur, *per l. 24. §. adjiciatur. ff. d. t.*

Ne-

Neque etiam huic damno accenſemus, ſi quis aliqua in re jure ſuo quid 7
faciat, atque inde vicinus damnum capiat: utputa in fundo meo puteum aperio, quo aperto, venæ putei tui præciſæ ſunt: aut domum meam altiùs tollo, & tuis luminibus officitur.

l. Flumenum 24. §. ult. & l. Proculus 26. ff. h. tit.

Iuris remedium, quod adverſus damnum hujusmodi comparatum ha- 8
bemus, eſt petitio cautionis de damno infecto: [a] quæ petitio inſtar actionis obtinet, [b] & μετωνυμικῶς à Iurisconſulto Paulo ſtipulatio damni infecti appellatur.

[a] *l. Prætor 7. in princ. ff. de damn. infect.* [b] *l. actionis 37. ff. de obligat. & act. & l. 1. §. cautionales. ff. de ſtipulat. Prætor. l. inquilino 34. ff. de damn. infect.* [c] *in l. damni infecti 18. in princ. ff. de damno infect.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 46. pag. 557. in fin. & pag. ſeq. in princip.*

In hac cautione ſpectamus, tùm qualis ea ſit, & quis, à quo, coram quo 9
petere eam poſſit: tùm quarum perſonarum nomen hac cautione comprehendi oporteat, & tempus quod ei adjicitur: tum etiam quæ præſtitæ hujus cautionis vis ſit & effectus: tùm poſtremò quæ pœna ſit denegatæ cautionis.

Eſt autem hæc cautio vel nuda repromiſſio, vel ſatisdatio. Repromittit, 10
qui ſuo nomine convenitur, & promittit: At qui alieno convenitur nomine, ſatisdat.

l. Prætor 7. l. hoc amplius 9. §. pen. & ult. l. quamvis 10. l. qui bona 13. in pr. d. ſi proprietarius 22. §. ult. l. damni 30. ff. de damno infect.

Suo nomine convenitur, & promittere tenetur, qui de damno rei ſuæ 11
convenitur; veluti dominus ædium ruinoſarum, aut ſoli, in quo ædificat: [a] qui item bona fide poſſidet, [b] & qui ſervitutem in alieno habens, puta viam, vel aquæductum, aliquid facit viæ reficiendæ, aut aquæducendæ cauſa. [c]

[a] *d. l. hoc amplius 9. §. ult. l. quamvis 10. l. qui bona 13. & d. l. ſi proprietarius 22. in princ. & §. ultim. ff. d. tit.* [b] *d. l. qui bona 13. in princ. ff. cod. tit.* [c] *d. l. qui bona 13. in princ. & l. damni 30. in princ. hoc tit.*

Alieno nomine qui conveniuntur, proindeq; ſatisdant, ſunt ſuperficia- 12
rius, de damno ſuperficiei alieno ſolo impoſitæ, conventus; [a] Fructuarius, conventus de ædibus fructuarijs, aut eo opere quod facit in opere fructuario; [b] Tùm etiam omnis, qui in publico loco ædificat. Nam & hic locus ædificanti alienus eſt. [c]

[a] *d. l. hoc amplius 9. §. ten. ff. d. t.* [b] *d. l. hoc amplius. §. ult. & l. ſeq. ff. cod. tit.* [c] *d. l. Fluminum 24. in fin. Verſ. propter quod ff. d. t.*

Quòd ſi reus conventus affirmet ſe loci dominum eſſe, actor autem id 13
neget, tùm in hac controverſia reus ſub hac exceptione ſatisdat, ſi dominus non ſit.

d. l. Prætor 7. in princ. Verſ. ſi controverſia ſit. l. ſi proprietarius 22. in fin. & l. qui bona 31. §. 2. hoc tit.

Duo ſi fuerint, à quibus hæc cautio poſtulatur, quorum unum actor do- 14

minum affirmat, alterum negat, eligere debet, à quo velit sibi caveri, ita ut ab illo nudam promissionem, ab hoc satisdationem exigat.

Per text. in d.l. si proprietatis 22. *in fin. ff. hoc tit.* Donell. *lib.* 15. *Commentar. cap.* 46. *pag.* 563. *in princ.*

15 Petere autem hanc cautionem potest, omnis qui damnum ex ædibus, agros, aut opere aliquo alieno metuit, sive in ejus bonis res sit, sive ejus sit periculo; [a] qualis est superficiarius, usufructuarius [b], creditor, qui pignoris jure rem tenet. [c] Quinetiam inquilinis & eorum uxoribus, & qui cum illis morantur, [d] persecutio hujus cautionis competit.

[a] *l. damni* 18. *in princ. ff. hoc tit.* [b] *l. qui bona* 13. *§. superficiarium. & l. inter fructuarium* 20. *ff. eodem tit.* & quidem suo nomine. *l. usufructu. 7. §.* 1. *Vers. unde etiam, ibi nec quicquam amittere finito feudo ff. de usufruct.* Ex quo loco intelligitur, quòd fructuarius sibi acquirat commodum cautionis illius [c] *l. qui de creditore* 11. *in fine, & l. seq. ff. d. tit.* [d] *d.l. qui bona* 13. *§. Sicuti planè ff. hoc tit.*

16 Ita tamen hæc persecutio his tribuitur, si priùs de calumnia jurent. [a] Qui autem alieno nomine hanc cautionem postulat, jurare debet, eum, cujus nomine agitur, non calumniæ causa postulaturum fuisse; [b] & præterea cavebit, dominum rem ratam habiturum. [c]

[a] *l. prætor* 7. *d. l. qui bona* 13. *§. qui damni. ff. de damn. infect.* [b] *d. l. prætor. 7. in princ. ibi. eum &c cujus nomine agere postulaturum fuisse. & d. l. qui bona* 13. *§. si alieno nomine, ff. d. t.* [c] *l. inter quos* 29. *§ pen. ff. d. t.*

17 Denegatur hujus cautionis persecutio ei, qui aut juxta monumentum ædificavit, aut juxta suum ædificium monumentum fieri passus est: [a] Tùm etiam illi, qui caveri sibi postulat earum ædium nomine, quarum ipse cavere superficiem. vicino in earum possessionem misso; [b] Tùm denique ei, cui damnum sarciri alia ratione potest. [c]

[a] *l. qui bona fide* 13. *§. si quis juxta, ff. de damn. infect.* [b] *d. l. qui bona* 13. *§. si quis quia. ff. d. tit.* [c] *l. damni* 18. *§. sed quid fiet, Vers. quod alias actione. & l. si ædibus* 32. *in fin. ff. eod. tit.* Est enim iniquum, supervacua cautione adversarium onerari, *l. hac stipulatio* 14. *§.* 1. *ff. ut legator. nomine caveat.*

18 Vnde hanc cautionem exigere non potest, inquilinus à locatore, [a] fructuarius à proprietatis domino, hic ab illo, [b] nisi opus in solo fructuario instituant, [c] superficiarius à domino soli, hic ab illo; [d] emptor ædium ante traditam sibi possessionem nisi in eum venditor omne periculum custodiæ transtulerit; [e] socius, si proprias ædes vicinas habens communibus ruinosis, postulet à socio sibi caveri pro damno propriarum ædium, pro qua parte ille dominus est. [f]

[a] *d. l. qui bona* 13. *§. de illo, & l. inquilino* 33. *ff. de damno infect.* [b] *l. damni* 18. *§.* 2. *ff. d. tit.* [c] *l. inter fructuarium* 20. *ff. eod. tit.* ubi pro non pertinet, legendum pertinet, uti arguit *d. l.* 18. *§.* 2. *ff. d. tit. & l.* 7. *§ quoniam, & l. ult. ff. de usufruct. & sentit* Cujac. *in lib.* 48. *Paul. ad edictum, pag.* 313. [d] *l. damni* 18. *§. et qui, ff. de damn. infect.* Donell. *d. lib.* 15. *cap.* 46. *pag.* 559. *l. in* 10. *& seq.* Dissentit Cujac. *in lib.* 48. *Paul. ad edict. pag.* 314. [e] *l. damni* 18. *§. emptor. & §. seq. & l. emptor* 38. *in princ. ff. de damno infect.* [f] *l. si ædibus* 32. *ff. d. tit.*

19 Contra quos persecutio hujus criminis pertinet, sunt dominus rei, [a] bonæ fidei possessor, [b] quasi possessor servitutis viæ, aquæductus, [c] superficia-

rius

rius,[d] fructuarius,[e] creditor, qui rem sibi pignori obligatam tenet,[f] item emphyteuta,[g] & omnis, qui in publico loco ædificat, qui operis duntaxat nomine convenitur.[h]

[a] *l. hoc amplius 9. §. ult. l. quamvis 10. l. qui bona 13. §. 1. & d. l. si proprietarius 22. in princ. & §. ult. ff. de damn. infect.* [b] *d. l. qui bona 13. in princ. ff. d. tit.* [c] *l. qui bona 13. in prin. & l. damni 30. in prine. ff. eodem tit.* [d] *d. l. hoc amplius 9. §. penult. ff. dict. tit.* [e] *d. l. hoc amplius 9. §. ult. & l. seq. ff. eodem tit.* [f] *l. quid de creditore 11. in prin. l. eorum. 19. in princ. ff. d. tit.* [g] *l. si finitus 15. §. si de vectigali. 26 ff. hoc tit.* [h] *l. fluminum 24. in pr. vers. propter quod. ff. h. t.*

Petitur autem hæc cautio coram Prætore, vel Prætide, si præsentes sint, si absint, magistratibus municipalibus hæc res delegata censetur. 20

l. 1. l. 4. in pr. & §§§. seqq. ff. d. tit. Quoad magistratus municipales obstare videtur *l. 4. ff. de jurisdict. l. ea quæ 26. ff. ad municipal.*

Quod si magistratus municipalis, cùm postulatum pro tribunali fuerit, non jubeat caveri, quanti ea res est, cujus damni infecti nomine cautum non erit, judicium in eum datur: nisi tam vicinum urbi municipium sit, ut magistratu se non interponente, Prætor vel Præses adiri potuerit. Quæ actio cùm rei habeat persecutionem, & heredi, & in heredem, & perpetuò datur. 21

d. l. 4. §. in eum. & §§§. seqq. ff. de damno infecto.

Sequitur quarum personarum nomé hac cautione comprehendi oporteat, & tempus quod ei adjicitur. Comprehenditur autem hac cautione nomen etiam heredum & successorum, eorumq; ad quos ea res pertinet: & quidem successorum non solùm, qui in universa bona succedunt, sed & horum qui in rei tantùm dominium successerint. 22

l. Fluminum 24. §. adjicitur. & §. quanquam, ff. d. t. Quæ loca interpp. rectè explicat Donell. *lib. 15. Comment. c. 46. pag. 561.*

Singulari tamen successori (licet Bart. aliiq; interpp. dissentiant) nemo hoc modo cavere potest,[a] neque obligare hac cautione ejusmodi successorem quis potest.[b] 23

[a] *per l. stipulatio ista 38. §. alteri. ff. de Verb. oblig. §. si quis alij. & §. quod si quis. & §. alteri stipulari. Instit. de inutilib. stipulat.* [b] *l. inter 83. in pr. ff. de Verb. oblig. & §. si quis alium. & §. Versa vice. Inst. de inutilibus stipulat.*

Quod attinet tempus, quod cautioni huic adiici solet, sciendum est conditionis causa id adjici, ut si intra illud contigerit damnum, commissa sit illa stipulatio, qua de damno hoc cautum est. 24

l. qui bona 13. §. ult. & duab. ff. seqq. ff. de damn. infect.

Satisdare autem in annos decem jubetur, qui in publicó flumine, ripáve eius opus facit, unde actor damnum metuit. In cæteris rebus causa cognita magistratus vel longiorem, vel breviorem diem constituit,[a] ex causa scilicet periculi, & ex qualitate damni, quod contingere speratur, id est, timetur,[b] longinquitate item loci, & magnitudine operis.[c] Magis enim consulendum est his, quibus maius periculum intenditur.[d] 25

[a] *l. Prætor 7. in princ. & l. si finitus 15. §. 1. & §. 2. ff. de damno infect.* [b] *l. qui bona 13. §. ult. ff. d. tit.* quo loco per causam, significatur causa periculi, ut sunt fissuræ, & rimæ parietum, item ventris, qui in parietibus fatiscentibus protuberant, tùm etiam vetustas operis, & mala mate-

ria, mala item structura. Majus periculum est à vetustis ruinosis ædibus, quàm à novis, aut non ita vetustis. Qualitas autem damni, de qua dicto loco Iurisconsultus Vlpianus, æstimatur ex pretio ædium, quibus damnum metuitur. Donell. *d. lib. 15. comment. cap. 16. pag. 61. in fin. & pag. seq.* [d] *l. in causa 14. ff. eod. tit.* ubi per loci longinquitatem significatur distantia, quæ est inter rem eam, à qua damnum metuitur, & eam, cui impendet damnum. Nam si enim damnum à vicinis, quam remotioribus metuitur ædibus, in quibus incertum est, an extremum ruinæ ad nos perventurum sit. Quod attinet opens magnitudinem, certum est, maius periculum ruinæ in majore ædium vitio esse, quàm in minore, maius in magnis ædibus quàm in parvis Donell. *d. loco*, & facilius ruit magnum opus Cujac. *in lib. 48. Paulo ad edictum, pag. 309. in fin. & pag. seq.* [d] *l. 1. §. sed & si quis. ff. de Carbor. edict.*

26 Si finita sit dies statuta in cautione, iterum magistratus arbitratu ex integro erit cavendum.

l. si finita 15. in princ. ff. de damno infect.

27 Quòd si absq; diei adjectione cautio interposita sit, siquidem ex conventione, dum id actum est, ut promissor perpetuò de damno teneretur, quandoque commissa fuerit stipulatio, ex stipulatu agitur: Si verò per errorem dies fuit omissus, magis est illud dicendum, finito die, in quem alioquin caveri solet, desiderandum esse à magistratu, ut liberetur promissor. Et verò liberabitur, nisi periculum postulet potiùs, ut longiore die iterũ caveatur.

d. l. si finita 15. §. 1. junct. princ. ff. d. tit.

28 Nunc de vi & effectu præstitæ huius cautionis dispiciemus: ut est actio ex stipulatu, [a] circa quam videndum, ad quid, cui, & adversus quem competat.

[a] *l. in stipulatione 23. & l. in hac stipulatione 28. ibi, ex stipulatu. & l. damni infect. stipulatio 30. in princ. ff. de damn. infect. junct. l. inter stipulantem 83. §. si rem quam ff. de verb. obligat.*

29 Competit autem hæc actio ad damnum, de quo cautio interposita est, quodq; post contigit: Idq. accipimus, quanti ea res est, seu quanti interest actoris, damnum ab ædibus ruinosis datum non esse. Quocirca si propter metum ruinæ ea ædificia, quorum nomine sibi cavit, fulsit, etiam impensas eius rei actione hac consequi potest, tum etiam emolumenta, quæ stipulator ex re sua percipere potuit, quibus caruit propter metum ruinæ, ut sunt mercedes inquilinorum, quæ ideo percepta non sunt, quia inquilini justo metu, aut non accesserunt ad ædes conducendas, aut cum conduxissent, emigrarunt.

d. l. in hac stipulatione 28. ff. de damno infect.

30 Cæterum duntaxat earum ædium nomine actor obligatum habet reum, quarum nomine ab initio cautum fuit; non etiam earum nomine, quas post interpositam cautionem comparavit.

l. damni 18. §. si in quas un. ff. d. tit.

31 Si tamen ipsi actori pars loci postea jure accrescendi accesserit, ejus quoque nomine reum obligatum habet, [a] ut & novarum ædium nomine, quæ in locum exustarum ædium, de quibus cautio interposita est, fulsectæ sunt, [b] imo etiam nomine earum rerum, quæ post cautionem in ædes illas inductæ sunt. [c]

[a] Per

[a] *Per l. quia verò 25. ff. ad L. Aquil. & l. si ædium 17. ff. ut leg. stor. non.* Cujac. *in lib. 48. Paul. ad edict. pag. 306. &* [b] *pag. 315. col. 1.* [b] *per l. quæ rei 98. §. ult. ff. de solut. l. domo 21. ff. de pign. act. l. Paulus 29. §. pen. ff. de pignor.* Cujac. *prox. memorato loc. pag. 315.* ubi affirmat Fulgosii contrarium judicium perquam infirmum esse, [c] *d. l. damni infecti 18. §. si autem res alienæ, ff. de damno infect.*

Et licèt ob tectoria & picturas magna erogatio facta sit, attamen ex damni infecti stipulatione moderata æstimatio fieri debet: quia honèstus modus servandus est non immoderata cujusq; luxuria subsequenda. 32

l. ex damni 40. in princ. ff. d. t.

Cui autem & adversus quem competat hæc actio, non est operosæ disquisitionis cùm omnis ex stipulatu actio tribuatur stipulatori, & eius heredibus, contra promissorem, & hujus heredes. 33

l. Generis juris 13. C. de contrah. & commit. stipul. & l. si pactum 9. ff. de probat.

Quòd si plures sint domini, qui stipulati sunt damni infecti nomine, aut plures ædium ruinosarum nomine damni infecti caverint tunc singuli ex stipulatoribus pro partibus tantùm dominicis agere, & singuli ex promissoribus pro iisdem solùm partibus conveniri debent. 34

l. ex damni 40. §. quotiens ex damni, & §. seq. ff. de damno infect.

Ne tamen aliqua hac de re circa plures promissores dubitatio incidat, consultius est, ut pro sua quisq; parte promittat, ne singuli in solidum obligentur. At circa stipulatores nulla eiusmodi dubitatio oriri potest. 35

l. plures 27. ff. d. t.

Restat quæ juris remedia adversus eum comparata sunt, qui damni infecti caveri negat. Sunt autem tria remedia juris beneficio adversus eum tributa; quæ nō simul concurrunt, sed ordine certo succedunt. I. Magistratus decretum primum, quo quis mittitur in bonorum possessionem eius rei, de qua agitur. II. Magistratus decretum secundùm, quo rei possessio decernitur. III. Actio in factum de damno comparata in eum, qui neque cavit, neque actorem ex primo decreto in possessionem venire, neq; ex decreto secundo eum possidere passus fuit. 36

Quod attinet primum illud juris remedium, dispiciendum, I. quis mittatur in bonorum possessionem: II. adversus quem, & in cuius rei possessionem fiat illa missio; III. A quo Magistratu impetrari & decerni hæc missio possit: IV. quid hac missione missus consequatur. 37

Mittitur autem in bonorum possessionem omnis, cui damni infecti nomine caveri ex delicto debuit. Et si plures fuerint, omnes mittuntur, si postulent. Et mittuntur quidem æqualiter, non pro rata damni, quod unum quemque contigit. 38

l. si finitur 15. §. si plures, & §. cum autem, & l. ex damni 40. §. ult. ff. de damn. infect.

Missio autem hæc adversus eum fit, qui non cavet damni infecti, etiamsi pupillus sit. 39

l. si finitur 15. §. si pupillus, ff. de damno infect. l. 3. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutel. vel cura sunt.

Et mittitur is, cui non cavetur in totas ædes ruinosas, si de his agatur, nō tantum 40

tantùm in possessionem partis ruinosæ; siquidem in ædificiis partes quoq; reliquæ vitiosa parte trahantur.[a] Si tamen magna sit domus, causâ cognitâ Prætor statuet, in cuius partis possessionem missio fieri debeat.[b]

[a] *l. si finitu 15. §. ex hoc edicto, & §. sin verò in totum, ff. de damno infect.* [b] *l. emptor. 38. §. 1. ff. d. tit.*

41 Si agri nomine non caveatur, in eam partem agri mittendus est actor, ex qua periculum timetur.

d. l. emptor. 38. §. 1. ff. h. t.

42 Magistratus, à quo impetratur, & fieri potest hæc missio, est Prætor, & in Provinciis Præses; qui si absentes sint, magistratus municipalis hanc rem expedire potest.

l. 1. l. 4. in pr. §. 1. 2. & 3. ff. eod. t. Obstat *l. 4. ff. de jurisdict. & l. ea quæ 26. ff. ad municipal.*

43 Atque hunc Magistratus jussum, primum decretum jura appellant, & hæc missio ex primo decreto fieri dicitur.

Decerni dicitur hæc missio in jure nostro, *d. l. si finitu, §. illud & §. si jam ruerunt ædes, ff. de damno infect.* Atque hoc decretum primum vocari decretum patet ex eo, quòd sequens decretum, quo actori ipsa possessio decernitur, secundum dicitur decretum, *d. l. si finitu 15. §. Iul. ff. de damno infect.* At dicitur magistratus etiam decernere, quando adversarium cavere jubet, *l. cùm postulassem 44. in princ. ff. d. t.* Unde hoc, de quo hic agimus, secundum videtur dicendum decretum. Et ita post Bart. & alios sentit Menoch. *lib. 2. de arb. jud. cent. 1. casu 6. n. 1.* & Cuiac. *in lib. 1. Pauli ad edictum, pag. 5.*

44 Consequitur autem missus hac ex primo decreto facta missione custodiam duntaxat, & quandam observationem, ac detentionem rei, non ipsam possessionem ad adquisitionem dominii idoneam.[a] Præter illud tamen jus etiam pignus aliquod Prætorium.[b]

[a] *l. 3. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 5. in princ. ff. ut in poss. legat. seu fideicommiss. esse iub. l. cùm l. seq. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* [b] *l. 3. §. 1. ff. de reb. cor. qui sub tutel. vel cura sunt, & dict. l. si finitu 15. §. si quis damni 30. ff. de damn. infect.*

45 Hanc detentionem, qui missus est, amittit, si nullo metu ruinæ decesserit possessione rei,[a] tùm etiam si adversarius ei cautionem convenientem præstiterit.[b]

[a] *d. l. si finitu 15. §. si quis metu ruinæ, ff. de damno infect.* [b] *d. l. si finitu 15. §. item videamus, §. illud & §. si jam ruerunt. l. cui rem 19. in princ. ff. d. t.*

46 Sequitur alterum juris remedium, secundum scilicet decretum, quo rei possessio decernitur, circa quod triplex inspectio incurrit: Una à quo magistratu hoc decretum impetrandum, & interponendum sit: Altera ex qua justa causa decretum hoc: Tertia, quis effectus huius decreti.

47 Impetratur autem, & interponitur hoc decretum à solo Prætore, vel Præside: non etiam à magistratu municipali.

l. 4. duar. & §. seq. ff. de damno infecto, l. ea quæ 26. ff. ad municipal. Cujac. *in lib. 1. Pauli ad edictum, pag. 6.*

48 Justa causa huius decreti est, cùm intervallum aliquod temporis interfit, quo aut pro derelicto rem ruinosam longo silentio absens dominus videatur habuisse; aut præsente domino, actori misso in possessionem, & aliquandiu immorato, nemo caveat.

l. si finitu

l. si finita 15. §. non autem statum, ff. de damno infect.

Longum illud silentium quot annorum sit, mirè variant interpp. Nobis eorum placet sententia, qui hoc totum in judicis arbitrio positum communiter affirmant. 49

Quos refert & sequitur Menoch. *d. lib. 2. de arbitr. jud. cent. 1. casu 6.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 46. pag. 564. lin. 30.* eorum adhæret opinioni, qui longum hoc tempus decem esse annorum volunt, *per l. 1. & 2. C. si adverſ. credit. præscript. opponat.* Sed hanc erroneam esse sententiam arguit *d. l. si finita 15. si fortè dominus, ff. de damno infect.*

Si tamen dominus reipub. causa absit, aut ex alia justa causa, non debet Prætor aut Præses festinare ad decernendum, ut jubeat possidere. Quod si decreverit, in integrum restitutioni locus est. 50

d. l. si finita 15. §. si fortè dominus, ff. de damno infect.

Quamdiu actor in possessione morari præsente domino debeat, antequam magistratus eum possidere jubeat, similiter in arbitrio jus dicentis situm esse plerique Dd. rectè sentiunt. 51

Menoch. *lib. 5. observ. c. 30. & in lib. 54. Pauli ad edictum pag. 36. col. 1. in fin.* Menoch. *d. obs. 6. nu. ult.* Donell. *d. lib. 15. comment. c. 46. pag. 564. lin. 37. & seq.* quam sententiam probat text. *in d. l. si finita 15. §. non autem, ibi, & aliquandiu immorato, ff. de damno infect. & in l. 7. §. 1. Verſ. unde, ibi, si perseveretur. ff. de usufruct.*

Quòd si reus præsens in ea sit ætate, cui subveniri solet, non debet magistratus festinare ad hoc secundum decretum. Sed etsi decreverit, in integrum restitutionem indulgebit. 52

d. l. si finita 15. §. si fortè dominus, ff. de damn. infect.

Præter justam huius decreti causam, & illud hic desideratur, ut si reus abierit priùs domum, vel si habitationem non habeat, ad prædium denuncietur, modò sit cui denuncietur, veluti procuratori, vel certè inquilinis. Si non sit, tutius est libellum ad ipsas ædes proponere. Fieri enim potest, ut ita monitus, defensor existat. 53

l. 4. §. Prator aut 5. & §. seq. ff. d. t.

Effectus huius remedij potissimum tres sunt. Vnus, quòd adversarius de possessione decedere tenetur: [a] Alter, quòd post decretum hoc oblationi cautionis ampliùs locus non est: [b] Tertius, quòd hoc decreto ipsa rei vera possessio tribuitur, quæ possessio intercedente usucapione etiam verum rei dominium ipsi actori adfert, si adversarius dominus fuerit: [c] vel jus aliud, quod in re habuit adversarius, veluti superficiarium vel Emphyteuticarium jus. [d] 54

[a] *l. si finita 15. §. si quis autem, & §. ubi autem 23. ff. de damno infect.* [b] *d. l. 15. §. postea quam, ff. d. t.* [c] *l. Prætoris 5. in princ. l. hic, qui 32. l. si finita 15. §. Iulianus 16. & §. seq. §. si de certo, alibus 26. & §. postea quam 33. l. damni 18. §. penult. & l. cùm postulassem 44. §. 1. de damn. infect. l. 1. ff. de fund. dotal. l. 3. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. & l. 7. §. 1. Verſ. unde ff. de usufruct. l. sed sives 5. ff. communi divid.* Cujac. *in tract. ad African. IX. in explicatione l. cùm postulassem 44. ff. de damno infect. & in lib. 1. Pauli ad edictum pag. 5. & ſ. q. & in lib. 36. Pauli ad edictum, pag. 5. & seq. & in lib. 54. Pauli ad ed. pag. 36. tum etiam in lib. 30. Responsor. Papin. pag. 456.* Cujacii & nostræ sententiæ contrarij sunt, ut alii ferè omnes, sic & Donell. *lib. 15. comment. c. 46. pag. 565.* & Henric. à Suerin. *lib. Repentar. lection. c. 7.* Sin dominus

non fuerit adversarius, usucapio non adfert dominium, [a] *d. l. si finita 15. §. si de Sectis libris ff. de damno infect.*

55 Cæterùm licet vicinus usucapiendo ædes, quas possidere jussus fuit, dominium earum adquisierit, attamen adversarii creditor pignoratitius rectè agit adversus eum hypothecaria actione, & aufert possessionem, si modò paratus sit refectionis impensas præstare.

l. cùm postulassem 44. §. 1. ff. d. tit. vide Cujac. *in tractat. ad African. IX. in explicatione citato loci, ubi dixit, quæ huic pronunciato obstare videntur.*

56 Reliquum nunc est tertium juris remedium, actio scilicet in factum, cui locus est, si adversarius, de damno infecto cavere jussus, vel neq; caveat, neque actorem vicinum ex primo decreto in possessione esse patiatur, vel etiam ex decreto secundo eum possidere non patiatur.

l. 4. §. an tamen 2. l. Prator 7. in pr. vers. in eum, qui neq; caverat. l. si finita 15. §. ult. si quis 27. §. pen. l. damni 18. §. si pupillus. & §§. seqq. ff. de damno infect. Hæc actio competit etiam illi, qui missus est ex primo decreto possessionem, licet secundo decreto nondum jussus sit possidere, *d. l. si finita 15. §. ult. ff. d. t.* Donell. *lib. 15. Comment. cap. 46. pag. 567. ante finem.*

57 Competit autem hæc actio de damno, quod post peritam cautionem contigit, ut tantùm præstetur actori, quantum præstare ei oporteret, si de ea re cautum fuisset: [a] Eaq; perpetuò datur & heredi & in heredem, cæteraq; personas, itemq; cæteris personis. [b]

[a] *dict. l. si finita 15. §. ultim. & l. seq. ff. de damno infect.* [b] *l. si quis missum 17. §. penult. ff. dict. tit.*

58 Quod si procurator probibuerit, non in dominum, sed in ipsum procuratorem hæc stringitur actio. [a] Idem etiam in actore municipum, tutore, cæterisq;, pro aliis, qui interveniunt, dicendum erit. [b]

[a] *d. l. si quis missum 17. §. 2. ff. eod. tit.* [b] *l. si quis 17. §. 2. ff. d. t.*

59 Cum hac actione concurrit utile interdictum unde vi, & publiciana actio, si ex secundo decreto actor possidere jussus sit. Sed si in factum actione ogerit, his actionibus experiri non potest.

d. l. damni 18. §. pen. ff. eod.

60 Sed quæritur, si antequam caveretur ædes ruinosæ deciderint, quod juris remedium ei, qui damnum ex ea ruina passus est, comparatum sit? Et hic distinguimus hoc modo: aut decíderunt ædes, antequã vicinus postularet sibi caveri damni infecti nomine: aut cùm jam à Prætore vel Præside postulasset, ut sibi damni infecti caveretur. Priori casu si negligentia non petiit sibi caveri adversarius, neque de damno tenetur, neq; rudera tollere cogitur, si modò omnia quæ jacent, pro derelicto habeat. [a] alioqui per interdictum compelleretur, ut omnia etiam quæ inutilia sunt, aut tollat, aut pro derelicto habeat. [b] Sin propter aliquod impedimentum sibi non provisum, ut quia reipublicæ causa aberat, aut angustia temporis, aut casu, prohibitus fuit quo minùs de ea re magistratum adiret, non iniquè Prætor aut Præses curat, ut dominus vitiosarum ædium, non modò rudera tollat, nisi ea pro derelicto habere velit, [c] sed hoc amplius ut non solùm de futuro, sed etiam de præterito damno, quod resarcire illud volet, caveat. [d]

[a] *l. ceterum*

[a] *l. eo venit 6. l. Prætor 7. §. 1. ff. de damno infect.* [b] *d. l. Prætor 7. §. ult. junct. l. seq. ff. eod.* [c] *d. l. eo venit 6. d. l. Prætor 7. §. ult. & l. hoc amplius 9. in prin. ff. eod. tit.* [d] *d. l. Prætor 7. §. ult. vers. Nec solùm de futuro, & l. seq. d. l. hoc amplius 9. in princ. §. 1. 2. & 3. ff. h. tit.*

Postetiori casu interest, utrùm contigerit damnum, dum Prætor vel Præ- 61
ses de danda stipulatione deliberat, an cum jam is vicinum in possessionem misisset. Illo casu magistratus deliberatio postulanti nocere nõ debet, proindeq; officium eius est, ut jubeat dominum ruinosarum ædium, aut cavere de omni damno, aut si non caveat, ipse det de damno actionem: [a] Hoc verò casu altero, si venire in possessionem vicinus neglexerit, placet eum amisisse beneficium magistratus. [b] Si non neglexit, nec ulla eius culpa est, quo minus veniret, omnia servanda sunt, atque si posteaquam in possessionem venisset, damnum datum esset. [c]

[a] *l. si finita 15. §. eleganter, ff. de damno infecto.* [b] *d. l. si finita 15. §. pen. ff. d. tit.* [c] *l. cum postulassem 44. in prin. junct. l. si finita 15. §. eleganter, ff. eod. tit.* vide Cujac. *in tract. ad Afric. can. 1 X. (mihi) pag. 604. & seq.*

NVNC DE OPERIS NOVI NVNCIATIONE dicendum. 62
Novi operis nunciatio est legitima prohibitio [a] futuri operis, quo pristina soli operisve facies mutatur. [b] Iuris vicino aut reipubl. competentis conservandi causa facta. [c] Eodemq; sensu denunciatio, [d] item renunciatio [e] novi operis dicitur.

[a] *l. si alius 7. §. aut ingenuus, ibi, quam prohibitus fuerit, ff. quod vi aut clam l. 1. §. nunciamus 17. & §. seq. l. de pupillo 5. §. si plures cum 6. & §. meminisse 10. l. Prætor 20. in princ. & §. deinde, ff. de nov. oper. nunciat.* [b] *l. 1. §. 1. & §. opus novum, & §. seq. ff. d. tit.* [c] *l. 1. §. Nunciatio fit 16. & §. Iuris nostri 19. ff. de oper. nov. nunciat.* [d] *d. l. de pupillo 5. §. meminisse, ibi, cum novi operis denunciatio esset necessaria, & l. sciendum 19. in fine, ff. eod. t.* Unde perperam nonnulli operis novi nunciationi, genus affingunt denunciationem [e] *dict. l. de pupillo 5. §. si is cui 17. ibi cui renunciatum erit, ff. dict. tit.* De hac materia Fachinæum *lib. 8. controversiar. cap. 44. & seqq.* Matth. *Wesenbec. cons. 156.* Scacc. *de judic. fol. m. 56. nu. 23. & seqq.*

Spectamus autem in operis novi nunciatione, tum genus novi operis; 63
quod nunciatur; [a] tum ipsum nunciationis actum: [b] tum etiam factæ nunciationis executionem: tum denique causas, ob quas ipsa executio nunciationis denegatur nunciatori. [c]

[a] *l. 1. §. 1. §. opus novum, & §§. seq. l. stipulatio 21. §. opus autem factum, ff. de nov. op. nunciat.* [b] *Tot. tit. ff. & Cod. de op. nov. nunciat.* [c] *l. de pupillo 5. ibi, nunciationis executionem. l. & si satisdationem 7. ibi, ab executione operis novi & l. sciendum 19. ibi, denegata executione novi operis, ff. d. t.*

Quod attinet genus novi operis, dispiciendum, quid sit novum opus, & 64
quod novum opus nunciari possit, & quod non possit nunciari.

Gail. *lib. 1. obser. 76.* Schwanman. *obser. 135.*

Novum opus est, cum quis aut ædificando aut detrahendo aliquid pri- 65
stinam soli vel operis faciem mutat.

l. 1. §. opus novum & §. seq. l. stipulatio 21. §. opus autem, ff. h. t.

Unde si quis ædificium vetus fulciat, non opus novum facit, sed veteri 66
sustinendo remedium adhibet.

d. l. 1. §. sicuti ædificium, ff. eod. tit.

67 Cæterùm illud duntaxat opus novum nunciari potest, quod solo conjunctum est, & in solo sit, cuius ædificatio & demolitio opus novum continere videtur. Proindè si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, nunciatio ei fieri non potest.

d. l. 1. §. Hoc autem edictum 12. ff. h. t. vide Donell. *lib. 15. comment. c. 45. pag. 548. in fin. & pag. seq.*

68 Sed & futurum sit opus, id est, nondum factum, sed cœptum, necesse est: præteritum nunciari non potest, sed ei remedium juris aliud propositum est, veluti interdictum restitutorium, quod vi aut clàm, & quod in loco sacro, religioso, & quod in flumine publico ripave publicâ factum erit.

d. l. 1. §. 1. & l. de pupillo 5. §. nunciationem, 2. ff. de oper. nov. nunciat.

69 Opus autem factum accipimus, non si unum aut alterum cæmentum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis, & quasi facies quædam facta operis.

l. stipulatio 21. §. opus autem, ff. d. t.

70 Consilium ergo fuerit, ut qui opus novũ nunciat, si quid operis jam factum erit, in testationem id referat, ut appareat, quid postea factum sit. [a] Et ut probari faciliùs possit, quid postea ædificatum sit, modulos sumere debet, qui ut sumantur, conferanturq;, Prætor decernere solet. [b]

[a] *l. non solùm 8. §. 1. ff. hoc tit.* [b] *d. leg. non solùm 8. §. sed ut probari, ff. eod. tit.*

71 Sunt tamen quædam opera nova futura, quæ nunciari non possunt. Qui enim publicæ salutis, & securitatis causa, cloacas aut rivos purgat, vel reficit, prohiberi nequit: [a] Vt nec ille, qui facit opus, cuius mora & dilatio periculum aliquod allatura est. [b] Veluti si in manifesto periculo ruinæ ædes demoliatur, ut restituat eas, vel adversus vim imminentem maris aut fluminis, aggerem extruat, nuncietve. [c]

[a] *d. l. de pupillo 5. §. si quis vicos. & §. proinde si quis. ff. d. t.* [b] *d. l. 5. §. præterea & §. seq. ff. d. t.* [c] Donell. *lib. 15. comment. cap. 45. pag. 549. lin. 29. & 21.*

72 Similiter si quis in mari vel litore ædificet, per nunciationem novi operis prohiberi nequit: [a] ut nec ille, qui ædificat in loco, quem cum alio communem habet. [b]

[a] *d. l. 1. §. Quod si quis in mari, ff. h. t.* [b] *l. 3. §. 1. & 2. ff. eod. tit.*

73 Item ei, qui in suo prædio, quod alii usumfructum, [a] vel servitutem rusticam [b] debet, opus facit, ei nunciari non potest ab eo, cuius est ususfructus: vel servitus illa, sed huic confessoria competit.

[a] *l. 2. ff. de oper. nov. nunciat. & l. un. 5. pen. & ipsi autem domino, ff. de vetust.* [b] *l. qui eam 14. ubi post alios Dd. Duaren. ff. de oper. nov. nunciat.* Cujac. *lib. 1. observ. cap. 16. & in lib. 21. Paul. ad edictum pag. 345. & seq.* Idem Cujac. *lib. 1. observ. cap. 17.* Duaren. *lib. 2. disput. anniversar. cap. 17. & ad tit. ff. de oper. nov. nunciat. cap. 3. versi. ultra quæstio.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 45. pag. 549. & seqq.* sed vide dissentientem Coras. *lib. 5. miscellan. c. ult.* post Cæpoll. & Modest. Pistor. dissentit Koppen. *decis. 15. num. 16. per l. de pupillo §. 1. ff. hoc tit.*

74 Cognitio genere operis, quod nunciari potest: dispiciendum dehinc de ipso nunciationis actu, circa quem videndum, quis, cui nunciare possit: tùm quis locus & tempus sit nunciandi; tùm denique quis nunciationis modus & forma.

l.1.§.Nunc videamus & l. de pupillo 5.§. nunciari 3.ff. de oper.nov. nunciat.

Nunciare autem novum opus potest, qui jus habet prohibendi novum 75
opus; [a] qualis qui vel privati sui juris conservandi aut damni depellendi causa; vel publici juris tuendi gratia, novum opus nunciat, [b] sive quod idem est, qui vel ob naturalem vel imposititiam, vel ob publicã causam nunciat. [c]

[a] *l.1.§. nunciamus 17.& §.seq. l.de pupillo 5.§.si plurium dominorum 6.in fin.& l. stipulatio 21.in princ.ff.d.t.* [b] *d.l.1.§. Nunciatio sit 16.ff.eod.tit.* [c] *l.de pupillo 5.§.& belle.ff.d.t.*

Sui privati juris conservandi gratia, & quidem ob naturalem causam 76
nunciat, qui in suum immitti, aut ædificari quid, non patitur: ob causam verò imposititiam, qui in eum locum, in quo servitutem constitutam habet, non patitur, quid immitti vel ædificari.

l.1.§.pen.& l. de pupillo 5.§.sed etsi in ædes, & §.seq.ff. de oper. nov.nunc. Donell. *lib.15. Comment. cap.45.pag.549.& seq.*

Damni, depellendi proindeq; & ob naturalem causam nunciat, qui peri- 77
culosè ædificanti opus novum nunciat, ut periculum ruinæ à se avertat.

l.1.§. nunciamus, ff.d.t.

Proindeque ex causa privata jus habet, opus novum nunciandi, qui aut 78
dominium aut servitutem habet, [a] etiamsi pupillus sit, modò autore tutore nunciet. [b]

[a] *l. un. §. jus habet, ff. de remiss.* De servitute est quoque textus *in l.5.in princ.& §.& belle. ff.de oper. nov.nunciat.l.inter 15,ff.de servit.prædior.urban.l.in judicio 47 ff.Fam.ercisc.l.6. §.ult.ff.si servit.vindicet.* vid. Duar. *ad t. de oper.nov.nunciat.c.3.&* Cujac. *lib.1.obser.c.17.&* Donell. *lib.15.comment.c.45.* [b] *l.de pupillo 5.in pr. ff.h.t.*

Creditori quoque, cui pignoris nomine prædium tenetur, permitten- 79
dum est, de jure, id est, de servitute opus novum nunciare. Nam ei vindicatio servitutis datur.

l.Creditori 9.ff. de oper. nov.nunciat.& l.un.§.ult.ff.de remiss.

Quin etiam novum opus rectè nunciat bonæ fidei possessor, [a] Superfi- 80
ciarius, [b] & Emphyteuticarius, [c] itemque Vasallus. [d]

[a] *l.1.§.1.ibi ad quem res pertinet, ff.de nov. op. nunciat.* Facit quod hic pro domino habetur, & jure dominii rem possidet, *l.bonæ fidei 48. in pri.ff.de acquir. rer. dominio. l.qui fest 25.§. 1. ff. de usur.* [b] *l.3. §. pen. ff.de op. nov.nunc.* [c] Nam Emphyteuta domino similis est, & quandoque simpliciter dominus appellatur, *l.possessores 12.in fin. C. de fund. patrimon. lib.XI.* Est item Emphyteuta similis superficiario, *l. cum sponsus 12. §. in Gellianis junct. §. seq. ff. de public. in rem act.& l. tutor 16. §. ult. ff. de pignor. act.* Confer item hûc, quòd Emphyteutæ vindicatio prædij Emphyteutici datur, *l.1.§.1. ff. si ager vectig.* Item vindicatio servitutis prædio fructuario debitæ, *l. ex qui pignori 16. ff. de servit.* Ergò & jus nunciandi novum opus, per *l. creditori 9. de nov. op. nunc.& l.un.§.pen.ff.de Remiss.* [d] per text. *in tit.8.de in jest. dare alien. fact. §. Res autem per beneficium, ibi, ut tanquam dominus, & §. e contrario. Vers. meliorem nam, & tit.43.de controver. inter Vasall.& alium. lib.2. Feud.* Facit huc, quòd Vasallo vindicatio prædij Emphyteutici, ut & servitutis eidem debitæ, competit. *d.t. 8. §. Res autem. lib. eod. F.* proindeque & operis novi nunciatio, *per text. in d.l. creditori 9.ff.d.tit.*

Sed quæritur de usufructuario: Num & ille novum opus nunciare vici- 81
no possit? Movet quod vindicatio servitutis fructuario prædio debitæ soli domino competit, [a] usufructuario: [b] quodque ei etiam novi operis nunciatio permittitur, cui servitutis vindicatio datur. [c] Sed procuratorio no-

mine, & utiliter, non directo, & suo nomine nunciare opus novum fructuarius potest. [d]

[a] *l.1.& l.2. §.1. ff.si ser.vind.* [b] *l.1 in princ. l.5. §. utrum vers. nam & si fundo.ff.si usufr. fruct.per.* [c] *d.l.creditori 9.ff. h.t.* [d] *l.1. §.ult. l.2. ff.de nov.oper.nunciat. l.un. §. pen. ff. de remiss.* Facit etiam huc, quod item creditori de servitute nunciatio novi operis permittitur, & servitutis vindicatio datur, *d. l. creditori 9. ff. d. t.* quæ tamen est utilis non directa vindicatio. *l. Et qui pignori 16. ff. de serv.* Sed vide Cujac. *dissent. lib.1. obser. c.16.* vide quoque Fachin. *lib.8. controv. cap.50.* Si enim ille qui servitutem habet in prædio, nunciare potest novum opus. *l.5. in pr. & §. & belle ff. de oper. nov. nunciat.* Cur non etiam usufructuarius illud potent?

82 Si autem fructuarius domino prædij nunciaverit, inutilis erit nunciatio. *l.2. ff. de op. nov. nunc. & l.un. §. pen ff. de remiss.*

83 Vt fructuarius, sic & tutor & curator alieno nomine novum opus nunciare possunt, [a] Inquilinus verò & Colonus non possunt, [b] nisi dominus absens fuerit. [c]

[a] *l. etsi 7. in fin. ff. de op. nov. nunciat.* [b] *l.3. §. pen. ubi* Bartol. *nu.2.* Castrens. *n.1.* Iason. *nu.5. ff. d.t.* [c] *per l.1. C. si per vim aut alio mod. l. si longius 18. §. 1. ff. de judicijs, & l. cum filiusfamilias 17. ff. de reb. credit.* Facit item huc, quod cura & diligens custodia eis intelligitur mandata, sicut fructuario, *l. videamus. & l. item quæritur 13. §. Exercitium ff. Locat.* Duaren. post alios *ad d.l.3. §. si ego ff. de op. nov. nunciat.*

84 Quod si plurium dominorum rei opus noceat, tunc unius ex socijs nunciatio non omnibus sufficit, sed singulis est necesse nunciare: quia & fieri potest, ut nunciatorum alter habeat, alter non habeat jus prohibendi.

d.l. de pupillo 5. §. si plurium dominorum res. ff. d. tit.

85 Nunciare autem potest quis non per semetipsum duntaxat, sed & per procuratorem suum, ad hoc constitutum: [a] ut & per procuratorem omnium rerum, totorum, universorum, & omnium bonorum. [b]

[a] *l.1. §. item nunciationem. l.5. §. ult. & l. cum procurator 13. in princ. ff. d.t.* [b] *c. qui generaliter tit. de procurat. in sexto. & l. procurare 36. ff. de procur.*

86 Publici juris tuendi gratia, sive ob publicam causam nunciare possunt omnes cives, [a] non servus, [b] neque etiam pupillus, [c] neque mulier. [d]

[a] *l.3. §. ult. & l. seq ff. d. t.* [b] *l. de pupillo 5. §. servo autem. ff. eod. tit.* [c] *d.l.5. in pr. ff. d. tit.* [d] *l. mulier 6. ff. de popular. act. & fac. l. 4. ubi, quamplurimos. ff. de op. nov. nunciat. l. 2. ff. de reg. jur.* Duaren. *ad tit. de oper. nov. nunc. cap.3.*

87 Est & illud hic generaliter monendum, rectè novum opus nunciare eum, qui ex aliqua prædicta causa nunciat, sive veram, sive falsam dicat, modò interrogatus, vel sua sponte, quamobrem nunciet, ejusmodi aliquam causam adferat: alioquin si nullam adferat talem causam, nunciatio inutilis est.

l.1. in pr. ib. si vetare, sive injuriæ, & l. prætor 20. in pr. & §. ait prætor ff. de oper. nov. nunciat. Donell. *lib.11. comment. cap.45. pag.550. lin.42. & seqq.*

88 Quòd attinet personam, cui nunciatur novum opus, nihil interest, domino hæc nunciatio, vel alij, qui domini vel operis nomine in eo loco est, ubi fit opus novum, ut sunt fabri & opifices, [a] sive servi, sive liberi fuerint, mares, an fœminæ, majores natu, vel minores: [b] quippe cùm nunciatio in rem fiat, non in personam, [c] sive quod idem est, operis non personæ. [d] Vnde si uni ex pluribus dominis nuncietur, rectè videtur nunciari. [e]

[a] *l. de*

[a] *l. de pupillo 5. §. nunciari, & l. cuilibet 11. ff. de op. nov. nunc.* [b] *d. l. de pupillo 5. §. 1. & §. nunciari, ff. eod.* [c] *l. operis 10. ff. eod.* [d] *l. ult. ff. hoc tit.* ubi Donell. *lib. 15. Comment. c. 14. pag. 551.* Legendum putat pro operis, operi, sed nostro judicio non contemnenda vulgatis lectio. [e] *d. l. de pupillo 5. §. si plurium res ff. d. t.*

Nec quicquam refert, præsentes vel absentes domini fuerint, adversus 89
quos nunciatio fit, cùm etiam in invitos fieri possit, [a] proindeque adversus furiosos & infantes, [b] dum tamen fiat intelligenti, veluti fabro, qui possit renunciare ijs, qui cavent. [c]

[a] *l. 1. §. & adversus. ff. hoc tit.* [b] *l. operis 10. & l. seq. ff. eodem.* [c] *dict. leg. cuilibet 11. ff. dict. tit.*

Porrò locus nunciandi novi operis est in quo fit opus. Nam in re præ- 90
senti nunciationem fieri oportet, sive quis ibi ædificet, sive inchoet ædificare. [a] Alibi, velut in foro facta nunciatio inutilis est, & nullius momenti. [b]

[a] *l. de pupillo 5. §. nunciationem 2. ff. de oper. nov. nunciat.* [b] *d. l. de pupillo 5. §. si quis forte. ff. d. t.*

Tempus nunciandi quodvis idoneum est, proindeq; & die feriato nun- 91
ciatio fieri potest.

l. 1. §. item nunciatio, ff. hoc tit. l. 2. ff. de fer.

Modus & forma nunciandi opus novum triplex est: Aut enim per præ- 92
torem nunciatur novum opus: Aut per manum, id est, lapilli jactum; aut nudis verbis qualis nunciatio in specie novi operis nunciatio appellatur.

l. de pupillo 5. §. meminisse. ff. de oper. nov. nunc. l. 9. si facit 20. §. 1. ff. quod vi aut clam. Andr. Geil. *lib. 1. obser. 16. num. 11.* Grævæ. 1. *conclus. 16.*

Per prætorem nunciatio fit, cum is, qui opus novum nunciare instituit, 93
adit prætorem, & impetrat ab eo, ut ipse jubeat opus novum nunciari, & inhiberi nunciatione sua.

l. si opus novum 16. ff. de op. nov. nunciat.

Per manum id est lapilli jactum nunciatur novum opus, cùm quis ma- 94
num opponit operi, quasi adversando, & simul jactat lapillum in novum vicini opus, significans, se prohibere, ne fiat opus novum

d. l. 9. si facit 20. §. 1. ff. quod vi aut clam. d. l. cessi forte 6. §. 1. ff. si servit. vendic. Grævæ. *lib. 1. conclus. 16. dict. consid. 1.*

Nudis verbis novi operis nunciatio fit, cùm quis illi, cui nunciari potest, 95
in re præsenti dicit, se prohibere, ne quid operis novi fiat.

d. l. 9. si facit 20. §. 1. ff. quod vi aut clam.

Differt autem hic modus à duobus illis primis, quòd qui hoc modo no- 96
vum nunciat opus, adversarium satisdatione ab eo præstita possessorem facit, non etiam cæteris duobus modis. Unde melius est, uno ex his duobus, quàm illo modo opus novum nunciare.

l. 1. §. in operis autem nov. & d. l. de pupillo 5. §. meminisse. ff. d. t. l. si alius 7. §. aut Iulianus. ff. quod vi aut clam. Andr. Geil. *d. obser. 16. in fin.*

Cæterùm de modo nunciationis factæ judici per instrumentum publi- 97
cum eo nomine factum, constare debet, cùm de nunciationis effectu apud eum litigatur.

Andr. Geil. *lib. 1. obser. 16 num. 12.*

Est & illud de forma nunciationis animadvertendum, ut, qui novum 98
opus

opus

opus nunciat, juret, non calumniæ causa opus novum se nunciare; Quòd jusjurandum authore prætore defertur. Vnde non exigitur, ut is antè juret, quàm prætor jusjurandum hoc exigat. [a] Qui autem alieno nomine nunciat, ut procurator, satisdare etiam tenetur, rem ratam dominum habiturum. [b]

[a] *d.l. de pupillo 5. §. qui opus novum, ff. de oper. nov. nunc.* Duar. *ad eund. tit. cap. 4.* & Donell. *lib. 15. comment. cap. 45. pag. 553.* [b] *d.l. de pupillo 5. §. qui procuratorio 18.* & *l. cum procurator 13. ff. d. t.* vid. Duaren. *d. cap. 4.*

99 Sequitur de nunciationis executione, & effectu; qui hic est, quòd is, cui nunciatum opus novum est, abstinere necesse habet, ab ipso, quod instituit, opere. [a] Quodque opus post nunciationem factum destruere compellitur, [b] sive jure, sive injuria fecerit. [c]

[a] *l. non solùm 8. §. sciendum. ff. de op. nov. nunciat.* [b] *l. Prator 20.* & *l. seq. §. 1. ff. d. tit.* [c] *l. 1. in pr.* & *d. l. prator 29. §. 1.* & *§. 3. ff. eod. tit.*

100 Id autem nunciator consequi potest, per interdictum restitutorium, quòd perpetuum est, & ejus heredi, cæterisque successoribus competit, adversus eum, qui opus fecit, vel ratum factum habuit. [b] In ejus autem heredem actio in factum datur, si quid indè ad eum pervenit, aut ejus dolo malo non pervenit, [c] qui etiam patientiam destruendi operis præstare adversario nunciatori jubetur. [d]

[a] *l. 1. §. sed si is cui* & *d. l. Prator 20. §. hoc interdictum perpetuò. ff. dict. tit.* [b] *d. l. 20. §. adversus ipsum 7. ff. eodem tit.* [c] *d. l. Prator 20. §. planè si quæratur. ff. h. t. l. penult.* & *ultim. C. de interdict.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 45. pag. 556. lin. 28.* & *seqq.*

101 Quod si autem heres sciens, factam esse defuncto nunciationem, cœptum opus perfecerit, suis expensis illud destruere tenetur.

arg. l. Prator 20. in pr. & *§. adversus ff. de op. nov. nunciat.* Facit quòd nunciatio in rem, id est, in opus fit, non in personam, ut suprà ostendimus.

102 Videamus nunc, quæ causæ sint, ob quas nunciationis executio nunciatori, aut ejus successoribus denegatur. Causæ autem hæ in duplici sunt differentia. Aut enim ab initio inutilem faciunt nunciationem, ut licitè ea contemni possit; aut verò ab initio utilem nunciationem eventu quodam finiunt.

l. 2. ff. de oper. nov. nunciat. & *l. un. §. 1.* & *§. 4. ff. de remiss.*

103 Ab initio quæ inutilem faciunt novi operis nunciationem, hæ sunt causæ: I. Si nuncietur novum opus illud, quod nunciari nequit. [a] II. Si nunciet opus novum, qui ratione personæ suæ nunciare non potest. [b] III. Si novum nunciet opus, qui interrogatus nunciandi jus sive causam nullam adfert. [c] IV. Si illi nuncietur, cui nunciare non licet. [d] V. Si non justo loco, sed alibi fiat nunciatio [e] VI. Si omissa legitima forma nunciatio fiat. [f]

[a] *l. 1. §. Hoc autem 12.* & *55. seqq. l. de pupillo 5. §. si quis vicos* & *55. seqq. ff. de op. nov. nunc.* Donell. *l. 15. Commen. cap. 45. pag. 548. vers.* Inutilem ab initio. Andr. Gellius *d. libr. 1. observ. 16. num. 8.* [b] *d. l. de pupillo 5. in princ.* & *§. 1. ff. eodem tit.* [c] *per l. 1. §. nunc videamus ibi. quibus ex causis. ff. hoc tit.* & *ad eandem l.* Bartol. *num. 11.* & *12.* & *ibid. etiam* Dyn. Specul. *tit. de procurat. §. fin.* Ferrar. *in formul. libelli, in art. nov. oper. nunciat. in verbo* novum opus, *num. 5.* Iohan. Oldendorp. *Class. 3. art. 7. cap. defensiones res concernit. num. 9.* Donell. *d. libr. comment.*

ment. c.ap. 25. pag. 558. Verſ. cum hæc ſoleat. [d] *d.l. 1. §. Nunc videamus ibi,* quibusque nuncietur. *ff. de oper. nov. nunciat. & l. un. §. item Iuliano, Verſ. ipſi autem domino ff. de remiſſ.* [e] *d.l. de pupillo 5. §. ſi quis forte ff. eod. tit.* [f] *arg. l. quotiens 6. ff. qui ſatisdar. cog.* Donell. *d. lib. cap. 45. pag. 548. Verſ. inutilem ab initio.*

Cauſæ quibus nunciatio utilis finitur, ſunt remiſſio nunciationis, & mutatio dominij nunciantis. 104

Remiſſio illa nunciationis fit, vel conventione litigatorum, [a] vel authoritate prætoris; [b] Vel cautione de opere reſtituendo privatim præſtita ab eo, cui opus novum nunciatum eſt. [c] 105

[a] *d.l. 1. §. inde quæritur. ff. de oper. nov. nunciat.* [b] *d. l. un. ff. de remiſſ. l. non ſolùm 8. §. ſciendum ff. de oper. nov. nunciat.* [c] *d.l. de pupillo 5. §. ſi is, cui, & l. prætor 20. in princ. & §. 1. ff. d. tit.*

Authoritate prætoris fit nunciationis remiſſio, cùm prætor aditus à litigatoribus poſtulanti ei, cui opus novum nunciatum eſt, remittit, ſeu miſſam facit nunciationem. Id quod fit tribus ex cauſis. I. Si nunciator calumniæ jusjurandum apud prætorem exactum non præſtet. [a] II. Si nunciator, qui alieno veluti procuratorio nomine opus novum nunciat, non ſatisdederit, eam rem dominum ratam habiturum. [b] III. Si nunciator jus nunciandi, quod prætendit, non probat. [c] 106

[a] *d.l. de pupillo 5. §. qui opus novum. ff. de oper. nov. nunc.* [b] *d. l. de pupillo 5. §. qui procuratorio, ff. eod. tit.* [c] *d.l. 1. in princ. & l. non ſolùm 8. §. ſciendum. ff. d. tit. & d. l. un. in princ. & §. 1. ff. de remiſſ.*

Probare autem nunciator jus illud ſuum tenetur intra trium menſium ſpacium. Alioqui adverſario, præſtita priùs ſatisdatione de opere ſuis ſumptibus reſtituendo, ſi jus faciendi novum opus non habere pòſt conſtiterit, in opere cœpto pergere permittitur. 107

l. un. C. de nov. oper. nunciat. & c. ult. extr. eod. tit. And. Geil. *lib. 1. obſerv. 16. nu. 17.* ubi addit, in Camera Imperiali propter cauſarum multitudinem hunc terminum tam exactè non obſervari.

Vnde quæritur? An ſummarium ſit judicium hoc, an verò plenarium? plenarium eſſe verius putamus. 108

Nam jus nunciationis exactè perpendi debet; quod ſi intra ſpacium trium menſium fieri nequit, perficere quidem adverſarius, præſtita de deſtruendo opere cautione, poteſt ædificationem, ipſum tamen judicium continuatur. *d. l. un. C. de nov. oper. nunciat.*

Cautione præſtita, remittitur nunciatio novi operis, ſi is, cui nunciatum eſt novum opus, citra Prætoris præſentiam & autoritatem præſtet, vel præſtare paratus ſit, nunciatori cautionem de opere ſuis ſumptibus reſtituendo, ſi pòſt appareat, ſe jus faciendi opus novum non habere. 109

d.l. de pupillo 5. §. ſi is cui & d.l. Prætor 20. in pr. & §. 1. & §. deinde. ff. d. t.

Circa hanc cautionem animadvertendum, quotuplex ea ſit, & qui ejus effectus. 101

Eſt autem duplex hæc cautio; ſatisdatio & repromiſſio. [a] Satisdatio præſtatur illi, qui ſuo nomine opus novum nunciat: Qui verò alieno nomine nunciat opus novum, ille nuda repromiſſione contentus eſſe debet. [b] 111

[a] *d.l. de pupillo 5. §. ſi is cui. ff. d. t.* [b] *d.l. non ſolùm 8. §. quod ſi nuncius vero. ff. eod. tit.* Satis-

datio fit datis fidejussoribus, *l. 1. ff. qui satisd. cog.* nuda repromissio fit sine fidejussoribus, *l. sancimus, C. de V. S.* stipulanti tamen *d. l. non solùm 8. in fin. & l. stipulatio 21. in pr. ff. de oper. nov. nunciat.*

112 Etsi autem nunciator oblata cautione nunciationem non remittat, attamen ipsa oblatio est vice nunciationis remissæ.

d. l. de pupillo 5. §. sign. cui, & l. non solùm 8. §. sciendum, l. Prætor 20. §. 1. & §. deinde ait Prætor. ff. h. tit.

113 Effectus prædictæ cautionis duplex est: Vnus, quod is, qui cavit, aut obtulit cautionem non admissam, [a] cœptum opus perficere potest: Alter, quod probato post, nunciatori jus fuisse prohibendi: atque adversario non fuisse jus opus novum faciendi, hic destruere opus novum tenetur, conventus actione ex stipulatu, [b] quæ etiam adversus ejus heredes stringi potest.

[a] *d. l. non solùm 8. §. ult. l. ex operis 12. & stipulatio 21. §. 1. & §. 2. ff. de oper. nov. nunciat.*

[b] *d. l. non solùm 8. §. ult. ff. eod. tit.*

114 Mutatio dominij, quâ similiter utilis nunciatio finitur, duobus continetur modis; quorum unus est, si moriatur dominus, qui opus novum per se, vel per alium nunciavit; alter verò si idem alienet rem suam, cujus nomine opus novum nunciavit.

d. l. non solùm 8. §. morte ejus. ff. de oper. nov. nunciat.

115 Quod si is, cui opus novum nunciatum erat, decesserit, vel ædes alienaverit, non extinguitur novi operis nunciatio.

d. l. non solùm 8. §. ult. ff. d. t.

116 Est autem in arbitrio nunciatoris vel petere operis destructionem, vel exigere tantam pecuniam, quanti ea res erit.

d. l. stipulatio 21. l. ex operis 12. ff. d. t. Sed videtur quod non amplius factum, sed ipsum interesse in obligatione versetur, per text. *in l. ult. ubi*, agendum esse, *ff. Si quis in jus vocatus non ierit. l. stipulationes 72. in fine principij, ubi, pecuniam dari oportet & l. si insulam 84. ff. de verb. oblig. l. sed etsi 17. ff. de condit. ex.* At ratio diversitatis est in hac nunciatione, quod etiam extra stipulationem opus restituere tenetur reus, si post fuerit probatum, quod actor jure prohibuerit.

117 Est & illud hîc notandum, quod si præstita satisdatione, vel ea oblata non accepta, nunciator adversarium in perficiendo opere impediat, huic in illum jure prohibitorium comparatum est interdictum, quod etiam post annum, & heredi, cæterisque successoribus competit.

d. l. prætor 20. §. deinde ait Prator. & §§. seqq. ff. h. tit.

118 Etsi verò executio novi operis denegata sit nunciatori, attamen legitimæ actiones ei integræ manent.

l. 1. §. 1. l. sciendum 19. ff. de oper. nov. nunciat.

Class.

CLASS. IV. DISPUTATIO XIX.

DE MODIS QUIBUS OBLIGATIO DISSOLVITUR.

THESIS I.

HActenus de obligationis constitutione; Nunc de ejusdem dissolutione agemus. [a] Et sicuti certi sunt modi constituendæ obligationis, ita & certis modis dissolvitur obligatio. [b] Dissolutio obligationis est, qua finitur obligatio, & ab ea debitor liberatur. [c]

[a] *Id enim institutio nostri ratio exigit, vide sub Classe 2. Disputat. 1. Thes. 1. & seqq.* [b] *l. obligationum 44. §. 1. vers. placet enim. ff. de obligat. & act.* [c] *ut ipsæ species, & modi obligationis dissolvendæ omnes. arguunt.*

Dissolvitur autem obligatio, vel ipso jure, vel ope exceptionis. 2

l. qui servum. §. 1. ff. de oblig. & act. l. cum quis 38. §. 1. l. qui decem 72. ff. de solut.

Ipso jure dissolvitur obligatio, vel absque facto & opera eorum, ad quos pertinet; vel horum opera & facto intercedente. 3

Donell. *lib. 16. cap. 1. pag. 595.*

Absque facto & opera horum, ad quos pertinet obligatio, dissolvitur ea, 4
tùm interitu certæ speciei debitæ: tum capitis deminutione creditoris vel debitoris: confusione item crediti & debiti, duarumque causarum in eandem personam concursu: tùm amissione rei debitæ, quæ salvo rei corpore contigit: tùm etiam decursu temporis, actionibus temporalibus, præfiniti.

Interitus certæ speciei debitæ naturalis est, vel civilis. Naturalis, cùm res 5
ea secundùm naturam in rebus humanis esse desinit; ut cùm animal promissum occiditur, ædes incendio consumuntur, fundus à mari occupatur.

l. si ex legato 23. ff. de verb. oblig.

Civilis rei debitæ interitus est, cùm res ea in commercijs hominum esse 6
desinit: ut si fundus promissus sacer vel religiosus fiat: aut servus vel ancilla promissa fiat liber liberave.

l. inter stipulantem 83. §. sacram. ff. d. t. & §. item contra. Inst. de inutil. stipulat.

Quòd si disjunctum species duæ in obligatione sint, puta bos aut equus, 7
una re perempta, altera sola adhuc debetur.

l. Stichum 95. in princ. ff. de solut. & l. stipulatus sum Damam. 105. ubi vide Donell. *ff. de verb. oblig.*

Alia ratio est, si non certa species sed genus debeatur, hujus enim interi- 8
tus non dissolvit obligationem. [a] Unde si res æstimatæ datæ sint debitori, periculum earum debitoris est, non creditoris. [b]

[a] *Quod de §. ff. de rebus cred. & l. incendium 11. C. si cert. pet. l. Maevius. §. Adstorum. ff. de leg. 2.* [b] *l. si ut certo §. §. commodatum. ff. commod. l. plerumque in princip. & §. si ante.*

antè. ff. de jure dot. & l. un. §. cumque, in fin. C. de rei uxor. & action. l. quoties 5. C. de jure dotium.

9 In tantum autem dissolvitur obligatio specie debita perempta, ut ne quidem æstimatio ejus peti possit: [a] Vnde si bos in obligatione sit, eo mortuo nec corium, nec caro debetur. [b]

[a] *l. cùm res 47. §. ultim. ff. de leg. 1. l. in ratione 30. §. incerta. ff. ad leg. Falcid.* [b] *l. mortuo 49. in pr. ff. de leg. 2.* Obstare videtur *l. si servus 14. §. 2. ff. de cond. furt. &.*

10 Prædicta autem de hoc dissolvendæ obligationis modo procedunt, nisi culpa debitoris species debita perierit, [a] aut post ejus moram sit extincta, [b] vel casum fortuitum præstare promiserit. [c]

[a] *l. si servum 91. §. sequitur. ff. de verbor. oblig.* ut si bovem aut equum debitum occiderit: *d. l. si servum 91. in pr.* ubi Donell. *ff. dict. tit.* quod si negligentia debitoris perierit species debita, extincta est obligatio, si stricti juris fuerit, ut quæ est ex stipulatu. *d. l. si servum 91. in pr. ff. d. tit.* non etiam si bonæ fidei sit. Nam in his & dolus & culpa, etiam levis, & quandoque levissima præstatur. *l. 1. §. ultim. l. Quod Nerva 22. ff. depositi. l. quod si volut. §. culpam. ff. de ædilit. edict. l. cum res 47. §. penult. ff. de leg. 1. l. contractus 23. ff. de reg. jur.* [b] *d. l. cum res 47. §. ultim. ff. de leg. 1. l. quod tes. 5. ff. de rebus credit. d. l. si ex legati 23. ibi, quam si per te steterit, l. nemo 82. §. 1. l. si servum 91. §. sequitur, d. l. stipulatus sum Damam 105. ibi, si per debitorem mora non esset. ff. de V. O. d. l. Stichum 95. in princ. ibi, nisi mora facta sit in eo mortuo. ff. de solut.* [c] *d. l. contractus 23. §. sed hæc ita. ff. de reg. jur. l. jurisgentium 7. §. ait. ff. de pact.* vide Donell. *lib. 16. Comment. cap. 3.*

11 Capitis quoque minutione obligationem tolli civilem contractu natam juris autoritas arguit.

l. 2. §. hi qui. §. pen. l. eas 8. ff. de capite minut. ex delicto autem nata obligatio non tollitur, *l. tutelæ 7. §. injuriarum. ff. d. tit.* Neque ea, quæ in facto creditoris consistit. *l. penult. ff. eodem tit.*

12 Confusione crediti & debiti dissolvitur obligatio: quando creditum & debitum in unam transeunt personam: [a] quod duobus contingit modis; uno, cùm creditor principalis, debitori principali, aut hic illi, heres existit; [b] altero, cùm fidejussor idemque debitor successit reo principali eidemque debitori, aut contra; quo modo facta confusione fidejussor liberatur, debitoris principalis obligatio manet. [c]

[a] *l. pen. ff. de solut.* obstare videtur *l. qui 87. §. 2. ff. ad leg. Falcid. & l. irritum 8. C. d. tit.* [b] *l. sicut 75. l. si duo 93. l. Stichum 95. §. adstio. ff. de solut. l. debitori 7. C. de pact. l. Granius 71. ff. de fidejuss. l. ut debitum 5. & l. seq. C. de hæredit. act.* [c] *l. si duo 93. in fin. & d. l. Stichum, §. quod Tulgo. ff. de solut. de quo posteriori loco.* Vide Cujac. *libr. 11. observ. cap. 34. & in lib. 28. quæst. Papin. pag. 111. & seqq.*

13 Dissolvitur item, ut dixi, obligatio, si duæ lucrativæ causæ in eundem hominem, & eandem rem, id est, speciem eandem concurrant: Vt si debitor eandem debeat speciem, ex causis lucrativis duabus, veluti duabus donationibus, vel alijs similibus causis, ut sunt Legatum & Fideicommissum: tunc enim ex una ejusmodi causa, debita species semel peti potest.

§. si res aliena, Vers. sed verò ex causa. & Vers. seq. Inst. de legat. l. omnes debitores 17. ff. de oblig. & act. l. in perpetuum 91. ff. de solut. & l. non quæcunque 82. §. ultim. ff. de leg. 1. vide Donell. *lib. 17. cap. 5.*

Alte-

Alterum genus, quo obligatio dissolvitur absque opera eorum, ad quos 14
ipsa obligatio pertinet, est amissio rei, quæ tamen res alicubi in rerum natura extat: ut si debitori furto sit ablata; aut vi erepta, aut in flumen deciderit, aut locò mota non reperiatur: modò tamen ex negotio bonæ fidei debeatur, & casu fortuito sit amissa, vel ea culpa quam debitor præstare non tenetur: [a] quæ vero ex negotio stricto debetur, ea amissa non liberat debitorem. [b]

[a] *l. si ea res* 31. *in prin. ff. de act. empt. l. contractus* 33. *ff. de reg. jur. l. qua fortuitis. C. de pignorat. act.* Donell. *lib.* 16. *comment. cap.* 6. *&* 7. [b] *l. continuus. §. illud. ff. de verb. oblig.* Sed obstare videntur, *l. si servum in prin. ff. de verb. oblig. & d. l. quod ex* 5. *ff. de reb. credit.*

Bonæ fidei negotiis hic annumeramus etiam legata & fideicommissa. 15

l. in minorem 3. *C. in quibus caus. rest. sit integ. necess. non est. l.* 3. *l. usura* 34. *ff. de usur. l. cum res* 47. *§. pen. ff. de leg.* 1.

Tertium genus hujus ordinis est decursus temporis, actionibus tempo- 16
ralibus præfiniti: Quod si enim obligatio temporalem pariat actionem, veluti actionem biennem, annalem, vel sex mensium, biennio, vel anno, vel mensibus illis sex decursis, expirat ipsa obligatio ipso jure: [a] at perpetua si fuerit actio, elapso lege definito tempore, similiter quidem tollitur obligatio, sed ope tantùm exceptionis. [b]

[a] *L. in omnibus* 6. *ibi, finit obligationem. l. in honorariis* 35. *ibi, cætera intra annum durentur, item ibi, post annum non dantur, item ibi, anno finiuntur. ff. de Obligat. & Actionib. & tit. Inst. de perpet. & tempor. act. in pr. ibi, intra annum servare. & l.* 2. *§. alt. l.* 3. *in pr. vers. item si res, ff. de Eerijs.* Quæ actio anno finiri dicitur, ipso iure finiri existimanda est: Sic ususfructus finiri dicitur, *§. finitur. Inst. de usufr.* & finiri dicitur pignoris obligatio, *l. eleganter* 29. *in pr. ff. de pignorat. act.* dies item finita in contractu dicitur, cum ita finita est, ut nulla amplius iure supersit. *l. si finita. in pr. ff. de damn. infect.* Donell. *lib.* 16. *comment. cap.* 8. *pag.* 640. *vers. tunc solum, & pag.* 646. *vers. Quod reliquum est, & pag. seq.* De actione biennali, annali, sex mensium, vide etiam Cujac. *ad tit. de diversis & tempor. præscript. cap.* 18. 20. *& seqq.* [b] *d. l. obligationum* 44. *§.* 1. *vers. Placet ergo. ff. de oblig. & action. l. nemo* 55. *ff. de leg.* 1. *l. omnes* 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *an.* Donell. *d. cap.* 8.

Cæterùm ut prædicto modo obligatio dissolvatur, necesse est, ne cursus 17
temporis interruptus sit: interrumpitur autem à persona creditoris, tùm conventione judiciali: veluti vocatione in jus legitima, eáque sola, si actio sit perpetua, [a] item litis contestatione; [b] tùm justa hypothecæ detentione, [c] tùm etiam morte creditoris, relicto impubere herede: [d] à persona verò debitoris, si is ad cognoscendum debitum, secundam cautionem in creditorem exposuerit. [e]

[a] *l. sicut* 3. *vers. nec sufficiet, & l. cum notissimi. §. imò. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *an.* Wesenb. *in supplemento ad Schneidew. tit. de pœn. temer. litig. §. ult. num.* 11. [b] *dict. l. cum notissimi. §. imo & l. ult. C. d. tit.* [c] *d. l. cum notissimi. §. imo C. dict. tit.* [d] *d. l. sicut* 3. *vers. nec sufficiet. C. eod.* [e] *d. l. cum notissimi* 7. *§. etsi quis. C. dict. tit.*

Sequuntur modi, quibus ipso jure dissolvitur obligatio, intercedente 18
opera, & facto eorum, ad quos pertinet; Ut sunt solutio debiti, & quæ pro solutione sunt, oblatio rei debitæ, & ejus non acceptæ obsignatio & depositio: tùm crediti & debiti compensatio: tùm nudus creditoris & debitoris

definienda obligatione consensus: tum etiam novatio & acceptilatio: tum deniq; creditoris delictum, pecuniam aut rem debitam auferentis.

19 SOLVTIO est eius, quod debetur, naturalis eaque justa præstatio, [a] In qua spectamus, quis, cui, rectè solvat; quid, & quantum solvendum sit; quomodo, quo loco, quo tempore solutio fieri debeat: tum etiam quis solutionis sit effectus.

[a] *Præstationis verbum generale est, & omne debito convenit, sive res sit, sive factum. l. si fundum* 114. *ff. de Verb. Oblig. & l. qui res* 98. *§. mihi Roma. ff. de solut. l. ex empto* 11. *§. in primis, l. si eas res* 32. *ff. de act. empt.* vide Zanger. *in tract. de except. part.* 3. *cap.* 1. *nu.* 1.

20 Rectè solvit non solum ipsemet debitor, sed & pro eo, etiam ignorante & invito, alius.

§. 1. *Instit. Quib. mod. toll. oblig. l. solvere* 53. *l. solutione* 23. *ff. de solut. l. manifesti. C. eod. tit. l. & solvendo* 39. *ff. de negot. gest.* vide Donell. *lib.* 16. *comment. cap.* 10. *pag.* 653. *vers. De alio quis debitor non sit.*

21 Is tamen cui bonorum suorum administratio adempta est, non rectè solvit: qualis est pupillus sine tutoris autoritate. Quòd si pupillus solverit, solutum si extet vindicari potest: si consumptum sit, pro solutione cedit.

§. ultim. Instit. quib. alien. lic. l. quod si 14. *§. ultim. l. obligari, §. pupillus. ff. de authorit. tutor.* Obstare videtur, *l. interdum* 29. *ff. de condict. indebit.* Dissentit Zanger. *in dict. tract. & loc. num.* 36. & 46.

22 Rectè autem solvitur ei, cui ex obligatione debetur, non etiam alii sine voluntate creditoris. Mandante creditore, vel eo ratum habente, si alii solvatur, non minus liberationem consequitur debitor, quàm si ipsi creditori solvisset. [a] Vnde si debitor solvat procuratori creditoris generali, vel si cui specialiter mandatum est, ut debitum exigeret, liberatur ab obligatione, [b] non item si alii creditoris procuratori solverit. [c]

[a] *d. l. solvendo* 39. *ff. de Negot. gest. & l. in vero* 12. *C. de solut. §. rectè quoque. vers. & hunc simile est, Inst. de mandat.* [b] *l. Sero* 12. *in fin. & l. aliud est* 106. *ff. de solut.* [c] *l. hoc jure* 86. *& l. ex pluribus* 89. *§.* 1. *ff. d. t.*

23 Sed finitur hæc potestas solvendi procuratori, mandato revocato: tum etiam morte creditoris: Vnde si debitor pòst sciens solvefit procuratori, non liberatur ab obligatione, [a] ut nec si creditor denunciaverit, ne procuratori solveret. [b]

[a] *l. si Sero* 12. *l. si quis servo* 18. *l. si servus* 32. *l. qui hominem* 34. *§. qui Titium. l. si cum* 82. *l. dispensatori* 51. *ff. de solut. & §. rectè, Inst. de Mandat.* [b] *l. aliud* 106. *ff. de solut.*

24 Similiter debitor pupilli rectè etiam solvit tutori, [a] ut & debitor ejus, qui in cura est, illius curatori. [b] Sed ut plenissimam securitatem cõsequatur debitor, ex judiciali sententia tutori vel curatori solvat. [c] Ipsi autem pupillo absq; tutore autore non rectè solvitur. [d]

[a] *l. Lucius* 46. *§. tutela. vers. Paulus respondit. & §. ultimi. ff. de admin. & peric. tut. l. solutam* 49. *vers. tutori quoque ff. de solut.* [b] *l. quod si forte*, 14. *§.* 1. *in fin. & l. l. solutam.* 49. *ff. dict. tit. l. pactum curatoris, Cod. de pact.* & si plures sint, etiam sine rectè solvitur, nisi alter præsens vetet solvi. *l. consulte.* 7. *§. ult. de curator. furios.* [c] *l. sanctimus* 24. *C. de administ. tut. vel curat. & §. at ex contrario, vers. Sed hoc etiam evidentissimi, Inst. Quib. alienar. lic. vel non.* [d] *§. at ex contrario, vers. Ideoq; si debitor, Inst. d. tit.* Quæritur an Marito recte solvi possit contenente Muliere Reip. quod sic si præsens sit mulier & solutioni consentiat. *l. cum*

maritum.

maritum 11. ubi Dd. *C. de solut.* vide insuper Zanger. *dict. tract. de except. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 98. Jurisc. Württemb. Landrecht. *part.* 2. *tit.* 29.

Quòd si creditor stipulatus sit, sibi aut Titio dari, vel ipsi creditori, vel huic etiam adjecto rectè solvitur, etiam invito creditore, [a] quamvis adjectus ille pupillus fuerit. [b] 25

[a] *§. plane, Inst. de inutilib. stipular. l. quod stipulatus* 10. *& l. aliud est* 106. *ff. de solut.* Zanger. *dict. loc. num.* 122. [b] *l. si stipularus fuero* 11. *ff. d. t.* Stracha *in tract. de adject. quæst. quod adject. solv. poss.*

Tribus tamen modis finitur potestas solvendi adjecto, capitis diminutione eius, [a] petitione creditoris & lite contestata, [b] pecunia & debita creditori nominatim soli postea à debitore constituta. [c] 26

[a] *l. cum quis* 38. *in princ. ff. de solut.* [b] *l. si quis stipulatus* 57. *§.* 1. *ff. d. t.* [c] *l. si verò* 8. *ff. de constit. pec.* Quod si debitor nominatim non dixerit, se soluturum ipsi creditori soli, poterit adhuc adjecto solvere. *l. si ita stipulatus* 59. *ff. de solut.*

Videamus nunc, quid & quantum sit solvendum. Solvere autem debitor tenetur id, quod debet, [a] non aliud, sive res, sive factum fuerit. Nam alia res pro alia invito solvi non potest, [b] neque aliud factum pro alio, [c] ut si alia facti species præstetur, vel alia persona non æquè artis perita faciat. [d] 27

[a] *Instit. quib. mod. toll. obligat. in princ.* An frumentum qui debet pecuniam solvere possit. vide Cœpen. *decis.* 25. *&* *dec.* 55. Thesaur. *decis.* 155. [b] *l. manifestè* 17. *Cod. de solut. l. si quis alium* 46. *ff. rod. l.* 2. *§. mutuo. ff. de reb. credit.* Si creditor prætendat debere sibi certum monetæ genus, non usualem & currentem pecuniam, probare illud tenetur. Iohan. Fichard. *consil.* 47. *num.* 6. *Vol.* 2. Consult. Saxonic. *anno* 1608. *edit. ii part.* 1. *de contractib. quæst.* 8. *nu.* 7. vide Donell. *ad l.* 16. *& l. seq. C. de solut.* Zanger. *dict. loc. nu.* 160. Altorffin. *consil.* 99. & Cöppen. *dec. is.* 2. *per tot.* [c] *l. qui res suas* 58. *§. mihi Romæ, ibi. nam si diversa facta sunt, diversa res est. ff. de solut.* Zanger. *dict. l. nu.* 152. [d] *l. inter* 31. *ff. d. t.*

Quandoque tamen etiam invito creditori aliud rectè solvitur; puta, si res debita periit, ut æstimatio eius sit præstanda, [a] vel noxali actione agatur. [b] 28

[a] *l. in re furtiva. ff. de condict. furtiv. l. si domus, §. qui confitetur. ff. de leg.* 1. Quid si volenti creditori dentur literæ censualis in solutum, quæ postea deprehenduntur vitiosæ, nunquid liberatus erit debitor? Sic putamus. Cum enim ultrò in solutum acceperit eas literas creditor, certè sublata fuit obligatio. Ita sensit Facultas nostra juridica per majora vota *Anno* 1610. *Mense Octobri* & quod periculum nominis debitoris spectet ad eum, qui recepit in solutum probat Surd. *cons.* 22. *nu.* 23. *& cons.* 149. *nu.* 21. [b] *l. miles* 6. *§.* 2. *ff. de re judic.*

Quemadmodum res, quæ specie sive corpore alia est, invito creditori solvi nequit: ita nec ea, quæ forma est alia, rectè solvitur, si quod damnum ex ea re futurum sit creditori; [a] nec ea, quæ alia est qualitate interna. [b] 29

[a] *l. creditorem, altàs, debitorem* 99. *ff. de solut. Vide sub classe* 2. *disput.* 7. *thes.* 44. *& seqq.* [b] *l.* 3. ubi Donell. *ff. de reb. credit.* In solutione tamen cuius temporis æstimatio sit in tuenda contractus, an solutionis, vide Cöpen. *lib.* 1. *quæst.* 2. *per tot.* junge Excellentiss. Dn. D. Besold. *disput.* 2. *ad stat. Wurttemb. thes.* 9. Fachin. 2. *controvers.* 9. Zanger. *de Except. part.* 3. *cap.* 1. *nu.* 169. Dn. Harpprecht. *tom.* 3. *fol.* 328. *nu.* 207.

Similiter aliud pro alio solvit debitor, si solvendo quid dare debeat, rem autem non propriam, sed alienam solvat. Quo casu placet ita debitorem non liberari, ut creditor statim possit agere, nec cogatur exspectare, donec res sit evicta. 30

l. cum

c. cùm quis 38. §. qui hominem. l. qui decem 27. §. penult. l. si rem 20. l. si creditor 26, §. qui res 98. in princ. ff. de solut. vide Donell. *lib. 16. Comment. cap. 9. pag. 650. Vers. pertinent autem, lin. 42. & seqq. & cap. 11. pag. 665. Vers. Quantitas præstationis, & pag. seq.*

31 Tantum autem solvendum, quantum quis debet, minùs invito creditori solvi non potest: [a] cùm particularis solutio non minima incommoda habeat; [b] alteri autem per alterum iniqua inferri conditio non debeat. [c]

[a] *l. tutor 41. §. Lucius Titius. ff. de usur.* Facit, quod Lex nominatim & specialiter concedit heredibus debitoris, particulatim solvere. *l. heredes. 25. §. idem juris. ff. Fam. Erciscund.* Obstare videtur *l. quidam existimaverunt 21.* ubi Alciat. & Coras. *ff. de reb. credit. & l. placuit. C. de Collat. fund. patrim. lib. XI.* Et quod summarum sive quantitatis obligatio dividua est *l. 2. ff. de verb. oblig.* vide Horoman. *illustr. quæst. 22.* Cœpen. *lib. 2. observ. 7.* Merendam. *1. controvers. 32.* Gœdd. *ad l. 32. nu. 9. & seqq. ff. de verb. signif.* [b] *l. planè 3. ff. Famil. Erciscund.* [c] *l. non debet. ff. de Reg. Iur.* vide Zanger. *de except. part. 3. cap. 1. nu. 158.* Dn. Harpr. *ad §. 1. nu. 126. & seqq. ff. quib. mod. re contrah. obligat.* Nisi forsan debitum pro parte sit liquidum, pro parte liquidum videndus Cœpen. *lib. 1. quæst. 54. per tot.*

32 Sequitur de modo, loco, & tempore solutionis. Modus & forma solutionis est, ipsa naturalis, id est, realis præstatio debiti: ut cùm debitor in conspectu creditoris, rem ipsam debitam eius esse facit, & protestati subjicit,

l. solutum 49. & l. penult. ff. de solut. atque hac forma differt solutio à cæteris modis dissolvendæ obligationis. Est hic observandum, quod in alternativis, quorum unum est in obligatione, alterum in solutione, electio creditoris sit, non debitoris, vide Mollerum *Lib. 3. Semestrium cap. 27.*

33 Locus dissolvendi debiti, aut ab initio constitutus est à creditore & debitore: aut non est conditus. Quòd si dictum sit, quo loco debitū præstari deberet, juris differentia est inter creditorem & debitorem. Creditori sub commemoratione loci, ubi solvi debuit, licèt alio loco, quàm constituto, petere quod debetur, proposita ei arbitraria actione, in qua æstimatio venit ejus, quod alterutrius interfuit, cōdicto loco potiùs, quàm in eo, in quo petitur solvi, ne loci utilitas, vel actori, vel reo auferatur: [a] actori si per reum mora fuit, quò minùs suo loco solveret: [b] reo, si per actorem mora fuerit, quò minùs loco convento oblatam pecuniam acciperet. [c]

[a] *leg. 2. in princ. & §. ult. leg. 3. ff. de eo quod cert. loc.* [b] *leg. 1. l. centum 8. l. ultim. ff. de eò, quòd cert. loc. l. un.* ubi Cujac. *in paratitl. C. ubi conven. qui cert. loc. dar. promiss.* [c] *§. loco plus petitur.* ubi Donell. *Instit. de Action. leg. 2. in princ. ibi, utriusque utilitatem. & §. ult. ff. de eo, quòd cert. loc. dict. l. un. ibi; alterutrius interfuit. C. ubi conven. qui dar. cert. &c. &* ibi Cujacius *in paratitl.*

34 Quod autem de alio loco dictum est, exaudiri debet de loco idoneo, ut de loco domicilij, vel ubi contractum est.

Arg. l. heres, §. 1. & ult. ff. de jud. Accurs. *ad l. 1. ff. de eo, quod cert. loc.* Duaren. *in Comment. ad eund. tit. cap. 4.* Donell. *ad l. 1. nu. 6. ff. d. t.* Accurs. *ad l. cum, qui 43. ff. de judic.* gloss. *ad l. si duo 16. §. 1. ff. de constit. pecun.*

35 Interdum tamen reus, si alio conveniatur loco, absolvi debet: ut si loco constituto pecunia debita sit oblata creditori, quam accipere recusavit: si item dicat debitor, se in locum constitutum venisse solvendi causa, & cùm illic creditorem non offenderet, se ibi pecuniam deposuisse apud amicum,

qui

qui creditori illic invento quandoque solvet; tùm etiam si dicatur pecunia ibi, ubi promissa est, ex facili solvenda, seu solvi posse. Sed debitor ex his causis eatenus absolvitur, quatenus cautionem priùs exponat, de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, ubi dari ex promissione debuit.

l. 4. §. 1. & ibi Donell. ff. de eo quod cert. loc.

Est & illud hic monendum, actioni huic arbitrariæ (quæ & utilis actio 36
appellatur, non quod efficax sit, ut Accursius voluit, neq; quod continet executionem eius quod interest, sed quia ex æquitate datur, deficiente directa) [a] locum esse tantùm in stricti juris negotiis; non etiam in negociis bonæ fidei: quippe cùm eorum actio directa moveri possit, si in contrahendo convenerit, ut certo loco quid præstetur. [b]

[a] *l. 1. ubi Donell. nu. 4. ff. de eo, quod cert. loc. & Cujac. in tract. ad Afric. an. 3. in explicatione l. centum 8. ff. d. t. pag. 62.* [b] *l. in bonæ fidei 7. ubi Donell. ff. de eo, quod certo loco. Cujac. in lib. 28. Pauli ad edictum, pag. 35. col. 2. & pag. seq.*

Reus autem qui certo loco dare promisit, nullo alio loco, quàm in quo 37
promisit, solvere invito stipulatore potest: [a] nisi justa causa sit, cur alio loco debitum solvatur; [b] veluti si condicto loco solvi non possit, eò, quòd locus ille esse desierit, ut si vastatus sit bello, & eversus, aut absorptus chasmate, aut à mari occupatus, aut intercluſis ab hoste itineribus, eò commeari non possit: [c] vel si nihil interſit creditoris alio loco solvi. [d]

[a] *l. pen. ff. d. t.* [b] *l. usuras 8. C. de solut.* [c] Impossibilium enim nulla est obligatio. *l. impossibilium ff. de Reg. Jur.* [d] Malitiosa est enim postulatio, ex qua nihil laturi sunt, nisi ut modestiã exhibeant, & officiant reo: Malitiis autem non est indulgendum, *l. in fundo, ff. de Reg. jur. l. si cui, ff. de fer.* Et inventæ sunt stipulationes, ut unusquisq; adquirat, quòd suâ interest. *l. si ponitio ista, §. altera, ff. de Verb. oblig.* Donell. *ad l. pen. nu. 5. ff. de eo quod cert. loc.*

Quòd si de loco nihil in contractu dictum sit; tùm id, quod pondere, nu- 38
mero, mensurave constat, ibi solvendum est, ubi petitur, & peti debet, puta, ubi reus domicilium habet, aut obligatio contracta est. Sin species, sive corpus certum, ibi quoque rectè solvitur, ubi est, nec cogitur debitor aliò ad creditorem traducere; nisi dolo malo creditoris, res translata sit aliò, quàm ubi priùs erat.

l. quod legatum 38. ubi Bart. & alii, ff. de judic.

Tempus solutionis quod attinet, cum solutio sit eius, quod debetur, cer- 39
tum est antequam quid debeatur, necessariò solvendum non esse. Quod ergò sub conditione debetur, pendente conditione, solvere debitor non tenetur. [a] Et si solverit ante conditionem, non videtur fecisse, quod promisit, atque ideò repetere potest. [b]

[a] *l. cedere diem 213. ff. de Verb. Oblig. & l. si post 5. §. sed si sub conditione, ff. Quando dies leg. ced.* [b] *l. stipulatio ista 38. §. inter, Verf. & qui promisit, ff. de V. O. & l. qui promisit 48. ff. de condict. indebit. l. sub conditione. 16. ff. de solut.*

Similiter in diem quid debet, ante diem solvere non tenetur. Quin 40
etiam ne eo quidem die præstare id cogitur, sed totus ille dies arbitrio solventis relinquitur. [a] Hinc qui nundinarum diebus quid dare promisit, quam diu exiguum tempus ex nundinarum spacio supereſt, exigi ab eo non potest. [b]

opus nunciat, juret, non calumniæ causâ opus novum se nunciare; Quòd jusjurandum authore prætore defertur. Vnde non exigitur, ut is antè juret, quàm prætor jusjurandum hoc exigat. [a] Qui autem alieno nomine nunciat, ut procurator, satisdare etiam tenetur, rem ratam dominum habiturum. [b]

[a] *d.l. de pupillo 5. §. qui opus novum, ff. de oper. nov. nunc.* Duar. *ad eund. tit. cap. 4.* & Donell. *lib. 15. comment. cap. 45. pag. 553.* [b] *d.l. de pupillo 5. §. qui procuratorio 18.* & *l. cum procurator 13. ff. d. t.* vid. Duaren. *d. cap. 4.*

99 Sequitur de nunciationis executione, & effectu; qui hic est, quòd is, cui nunciatum opus novum est, abstinere necesse habet, ab ipso, quod instituit, opere. [a] Quodque opus post nunciationem factum destruere compellitur, [b] sive jure, sive injuria fecerit. [c]

[a] *l. non solum 8. §. sciendum. ff. de op. nov. nunciat.* [b] *l. Prætor 20.* & *l. seq. §. 1. ff. d. tit.* [c] *l. 1. in pr.* & *d.l. prætor 29. §. 1.* & *§. 3. ff. eod. tit.*

100 Id autem nunciator consequi potest, per interdictum restitutorium, quòd perpetuum est, & ejus heredi, cæterisque successoribus competit, adversus eum, qui opus fecit, vel ratum factum habuit. [b] In ejus autem heredem actio in factum datur, si quid indè ad eum pervenit, aut ejus dolo malo non pervenit, [c] qui etiam patientiam destruendi operis præstare adversario nunciatori jubetur. [d]

[a] *l. 1. §. sed si is cui* & *d. l. Prætor 20. §. hoc interdictum perpetuò. ff. dict. tit.* [b] *d. l. 20. §. adversus ipsum 7. ff. eodem tit.* [c] *d.l. Prætor 20. §. planè si quæratur. ff. h. t. l. penult.* & *ultim. C. de interdict.* Donell. *lib. 15. comment. cap. 45. pag. 556. lin. 28.* & *seqq.*

101 Quod si autem heres sciens, factam esse defuncto nunciationem, cœptum opus perfecerit, suis expensis illud destruere tenetur.

arg. l. Prætor 20. in pr. & *§. adversus ff. de op. nov. nunciat.* Facit quòd nunciatio in rem, id est, in opus fit, non in personam, ut suprà ostendimus.

102 Videamus nunc, quæ causæ sint, ob quas nunciationis executio nunciatori, aut ejus successoribus denegatur. Causæ autem hæ in duplici sunt differentia. Aut enim ab initio inutilem faciunt nunciationem, ut licitè ea contemni possit; aut verò ab initio utilem nunciationem eventu quodam finiunt.

l. 2. ff. de oper. nov. nunciat. & *l. un. §. 1.* & *§. 4. ff. de remiss.*

103 Ab initio quæ inutilem faciunt novi operis nunciationem, hæ sunt causæ: I. Si nuncietur novum opus illud, quod nunciari nequit. [a] II. Si nunciet opus novum, qui ratione personæ suæ nunciare non potest. [b] III. Si novum nunciet opus, qui interrogatus nunciandi jus sive causam nullam adfert. [c] IV. Si illi nuncietur, cui nunciare non licet. [d] V. Si non justo loco, sed alibi fiat nunciatio. [e] VI. Si omissa legitima forma nunciatio fiat. [f]

[a] *l. 1. §. Hoc autem 12.* & *§§. seqq. l. de pupillo 5. §. si quis rebus* & *§§. seqq. ff. de op. nov. nunc.* Donell. *l. 15. Commen. cap. 45. pag. 548. vers.* Inutilem ab initio. Andr. Gellius *d. libr. 1. obser. c. 16. num. 8.* [b] *d.l. de pupillo 5. in prine.* & *§ 1. ff. eodem tit.* [c] *per l. 1. §. nunc videamus ibi. quibus ex causis. ff. hoc tit.* & *ad eandem l.* Bartol. *num. 11.* & *12. & ibid. etiam* Dyn. Specul. *tit. de procurat. §. fin.* Ecrtar, *in forma libelli, mart. nov. oper. nunciat. in verbo* novum opus, *num. 5.* Iohan. Oldendorp. *Class. 3. art. 7. cap. defensiones rei conventi. num. 9.* Donell. *d. libr. comment.*

mentar. cap. 25. pag. 550. Vers. cum hoc ſolet. [a] *d. l. 1. §. Nunc videmus ibi,* quibuscúque nuncietur. *ff. de oper. nov. nunciat. & l. un. §. item Iuliano, Vers. ipſi autem domino ff. de remiſſ.* [b] *d. l. de pupillo 5. §. ſi quis fortè, ff. eod. tit.* [c] *arg. l. quotiens 6. ff. qui ſatisdar. cog.* Donell. *d. lib. cap. 45. pag. 548. Vers. inutilem ab initio.*

Cauſſæ quibus nunciatio utilis finitur, ſunt remiſſio nunciationis, & mutatio dominij nunciantis. 104

Remiſſio illa nunciationis fit, vel conventione litigatorum, [a] vel authoritate prætoris; [b] Vel cautione de opere reſtituendo privatim præſtita ab eo, cui opus novum nunciatum eſt. [c] 105

[a] *d. l. 1. §. inde quaritur. ff. de oper. nov. nunciat.* [b] *d. l. un. ff. de remiſſ. l. non ſolum 8. §. ſciendum ff. de oper. nov. nunciat.* [c] *d. l. de pupillo 5. §. ſi is, cui, & l. prætor 20. in princ. & §. 1. ff. d. tit.*

Authoritate prætoris fit nunciationis remiſſio, cùm prætor aditus à litigatoribus poſtulanti ei, cui opus novum nunciatum eſt, remittit, ſeu miſſam facit nunciationem. Id quod fit tribus ex cauſis. I. Si nunciator calumniæ jusjurandum apud prætorem exactum non præſtet. [a] II. Si nunciator, qui alieno veluti procuratorio nomine opus novum nunciat, non ſatisdederit, eam rem dominum ratam habiturum. [b] III. Si nunciator jus nunciandi, quod prætendit, non probat. [c] 106

[a] *d. l. de pupillo 5. §. qui opus novum. ff. de oper. nov. nunc.* [b] *d. l. de pupillo 5. §. qui procuratorio. ff. eod. tit.* [c] *d. l. 1. in princ. & l. non ſolum 8. §. ſciendum. ff. d. tit. & d. l. un. in princ. & §. 1. ff. de remiſſ.*

Probare autem nunciator jus illud ſuum tenetur intra trium menſium ſpatium. Alioqui adverſario, præſtita priùs ſatisdatione de opere ſuis ſumptibus reſtituendo, li jus faciendi novum opus non habere poſt conſtiterit, in opere cœpto pergere permittitur. 107

l. un. C. de nov. oper. nunciat. & c. ult. exer. eod. tit. And. Gail. *lib. 1. obſerv. 16. nu. 17.* ubi additur in Camera Imperiali propter cauſarum multitudinem hunc terminum tam exactè non obſervari.

Vnde quæritur? An ſummarium ſit judicium hoc, an verò plenarium? plenarium eſſe verius putamus. 108

Nam jus nunciatoris exactè perpendi debet; quod ſi intra ſpacium trium menſium fieri nequit, perficere quidem adverſarius, præſtita de deſtruendo opere cautione, poteſt ædificationem, ipſum tamen judicium continuatur. *d. l. un. C. de nov. oper. nunciat.*

Cautione præſtita, remittitur nunciatio novi operis, ſi is, cui nunciatum eſt novum opus, citra Prætoris præſentiam & autoritatem præſtet, vel præſtare paratus ſit, nunciatori cautionem de opere ſuis ſumptibus reſtituendo, ſi poſt appareat, ſe jus faciendi opus novum non habere. 109

d. l. de pupillo 5. §. ſi is cui & d. l. Prætor 20. in pr. & §. 1. & §. deinde. ff. d. t.

Circa hanc cautionem animadvertendum, quotuplex ea ſit, & qui ejus effectus. 110

Eſt autem duplex hæc cautio; ſatisdatio & repromiſſio. [a] Satisdatio præſtatur illi, qui ſuo nomine opus novum nunciat: Qui verò alieno nomine nunciat opus novum, ille nuda repromiſſione contentus eſſe debet. [b] 111

[a] *d. l. de pupillo 5. §. ſi is cui. ff. d. t.* [b] *d. l. non ſolum 8. §. quod ſi nuncius. Vero. ff. eod. tit.* Satis-

datio fit datis fidejussoribus, *l. 1. ff. qui satisd. cog.* nuda repromissio fit sine fidejussoribus, *l. sancimus. C. de V. S.* stipulanti tamen *d. l. non solum 8. in fin. & l. stipulatio 21. in pr. ff. de oper. nov. nunciat.*

112 Etsi autem nunciator oblata cautione nunciationem non remittat, attamen ipsa oblatio est vice nunciationis remissæ.

d. l. de pupillo 5. §. sed, cui. & l. non solum 8. §. secundum, l. Prætor 20. §. 1. & §. deinde ait Prætor, ff. hoc tit.

113 Effectus prædictæ cautionis duplex est: Vnus, quod is, qui cavit, aut obtulit cautionem non admissam, [a] cœptum opus perficere potest: Alter, quod probato post, nunciatori jus fuisse prohibendi: atque adversario non fuisse jus opus novum faciendi, hic destruere opus novum tenetur, conventus actione ex stipulatu, [b] quæ etiam adversus ejus heredes stringi potest.

[a] *d. l. non solum 8. §. ult. l. ex operis 12. & stipulatio 21. §. 1. & §. 2. ff. de oper. nov. nunciat.*
[b] *d. l. non solum 8. §. ult. ff. eod. tit.*

114 Mutatio dominij, quâ similiter utilis nunciatio finitur, duobus continetur modis; quorum unus est, si moriatur dominus, qui opus novum per se, vel per alium nunciavit; alter verò si idem alienet rem suam, cujus nomine opus novum nunciavit.

d. l. non solum 8. §. morte ejus. ff. de oper. nov. nunciat.

115 Quod si is, cui opus novum nunciatum erat, decesserit, vel ædes alienaverit, non extinguitur novi operis nunciatio.

d. l. non solum 8. §. ult. ff. d. t.

116 Est autem in arbitrio nunciatoris vel petere operis destructionem, vel exigere tantam pecuniam, quanti ea res erit.

d. l. stipulatio 21. l. ex operis 12. ff. d. t. Sed videtur quod non amplius factum, sed ipsum interesse in obligatione versetur, per text. *in l. ult. ibi*, agendum esse, *ff. Si quis in jus vocatus non erit. l. stipulationes 72. in fine principij, ibi pecuniam dari oportet & l. si insulam 84. ff. de verb. oblig. l. sed etsi 17. ff. de constit. pec.* At ratio diversitatis est in hac nunciatione, quod etiam citra stipulationem opus restituere tenetur reus, si post fuerit probatum, quod actor jure prohibuerit.

117 Est & illud hîc notandum, quod si præstita satisdatione, vel ea oblata non accepta, nunciator adversarium in perficiendo opere impediat, huic in illum jure prohibitorium comparatum est interdictum, quod etiam post annum, & heredi, cæterisque successoribus competit.

d. l. prætor 20. §. deinde ait Prætor, & §§. seqq. ff. h. tit.

118 Etsi verò executio novi operis denegata sit nunciatori, attamen legitimæ actiones ei integræ manent.

l. 1. §. 1. l. secundum 19. ff. de oper. nov. nunciat.

Class.

CLASS. IV. DISPUTATIO XIX.

DE MODIS QUIBUS OBLIGATIO DISSOLVITUR.

THESIS I.

HActenus de obligationis constitutione; Nunc de ejusdem dissolutione agemus. [a] Et sicuti certi sunt modi constituendæ obligationis, ita & certis modis dissolvitur obligatio. [b] Dissolutio obligationis est, qua finitur obligatio, & ab ea debitor liberatur. [c]

[a] *Id enim institutis nostri ratio exigit.* vide sub *Classe 2. Disput. 1. Thes. 1. & seqq.* [b] *l. obligationum 44. §. 1. vers. placet etiam, ff. de obligat. & act.* [c] *ut ipsæ species, & modi obligationis dissolvendæ omnes, arguunt.*

Dissolvitur autem obligatio, vel ipso jure, vel ope exceptionis. 2

l. qui servum. §. 1. ff. de oblig. & act. l. cum quis 38. §. 1. l. qui decem 72. ff. de solut.

Ipso jure dissolvitur obligatio, vel absque facto & opera eorum, ad quos pertinet; vel horum opera & facto intercedente. 3

Donell. *lib. 16. cap. 1. pag. 595.*

Absque facto & opera horum, ad quos pertinet obligatio, dissolvitur ea, 4
tùm interitu certæ speciei debitæ: tum capitis deminutione creditoris vel debitoris: confusione item crediti & debiti, duarumque causarum in eandem personam concursu: tùm amissione rei debitæ, quæ salvo rei corpore contigit: tùm etiam decursu temporis, actionibus temporalibus, præfiniti.

Interitus certæ speciei debitæ naturalis est, vel civilis. Naturalis, cùm res 5
ea secundùm naturam in rebus humanis esse desinit; ut cùm animal promissum occiditur, ædes incendio consumuntur, fundus à mari occupatur.

l. si ex legatis 23. ff. de verb. oblig.

Civilis rei debitæ interitus est, cùm res ea in commercijs hominum esse 6
desinit: ut si fundus promissus sacer vel religiosus fiat: aut servus vel ancilla promissa fiat liber liberave.

l. inter stipulantem 83. §. sacram. ff. d. t. & §. item contra. Inst. de inutil. stipulat.

Quòd si disjunctum species duæ in obligatione sint, puta bos aut equus, 7
una re perempta, altera solà adhuc debetur.

l. Stichum 95. in princ. ff. de solut. & l. stipulatus sum Damam. 105. ubi vide Donell. *ff. de verb. oblig.*

Alia ratio est, si non certa species sed genus debeatur, hujus enim interi- 8
tus non dissolvit obligationem. [a] Unde si res æstimatæ datæ sint debitori, periculum earum debitoris est, non creditoris. [b]

[a] *Liquidi 5. ff. de rebus cred. & l. in mandatum 11. C. si cert. pet. l. Mævius. §. decorum. ff. de leg. 2.* [b] *l. si ut certo 5. §. commodatum. ff. commod. l. plerumque in princip. & §. si ante.*

antè. ff. de jure dot. & l. un. §. cumque, in fin. C. de rei uxor. & action. l. quoties 5. C. de jure dotium.

9 In tantum autem dissolvitur obligatio specie debita perempta, ut ne quidem æstimatio ejus peti possit: [a] Vnde si bos in obligatione sit, eo mortuo nec corium, nec caro debetur. [b]

[a] *l. cùm res 47. §. ultim. ff. de leg. 1. l. in ratione 30. §. incerta. ff. ad leg. Falcid.* [b] *l. mortuo 49. in pr. ff. de leg. 2.* Obstare videtur *l. si servus 14. §. 2. ff. de cond. furtiv.*

10 Prædicta autem de hoc dissolvendæ obligationis modo procedunt, nisi culpa debitoris species debita perierit, [a] aut post ejus moram sit extincta, [b] vel casum fortuitum præstare promiserit. [c]

[a] *l. si servum 91. §. sequitur. ff. de verbor. oblig.* ut si bovem aut equum debitum occiderit: *d. l. si servum 91. in pr.* ubi Donell. *ff. dict. tit.* quod si negligentia debitoris perierit species debita, extincta est obligatio si stricti juris fuerit, ut quæ est ex stipulatu. *d. l. si servum 91. in pr. ff. d. tit.* non etiam si bonæ fidei sit. Nam in his & dolus & culpa, etiam levis, & quandoque levissima præstatur. *l. 1. §. ultim. l. Quod Nerva 22. ff. depositi. l. quod si nolit. §. culp. um. ff. de Aedilit. edict. l. cùm res 47. §. penult. ff. de leg. 1. l. contractus 23. ff. de reg. jur.* [b] *d. l. cum res 47. §. ultim. ff. de leg. 1. l. quæ res 5. ff. de rebus credit. d. l. si ex legato 23. ibi, quam si per te steterit. l. nemo 82. §. 1. l. si servum 91. §. sequitur, d. l. stipulatus sum Damam 105. ibi, si per debitorem mora non esset. ff. de V. O. d. l. Stichum 95. in princ. ibi, nisi mora facta sit in to mortuo. ff. de solut.* [c] *d. l. contractus 23. §. sed hæc ita. ff. de reg. jur. l. jurisgentium 7. §. ait. ff. de pact.* vide Donell. *lib. 16. Comment. cap. 2.*

11 Capitis quoque minutione obligationem tolli civilem contractu natam juris autoritas arguit.

l. 2. §. hi qui, §. pen. l. ea 8. ff. de capite minut. ex delicto autem nata obligatio non tollitur, *l. Fusclas 7. §. injuriarum. ff. d. tit.* Neque ea, quæ in facto creditoris consistit. *l. penult. ff. eodem tit.*

12 Confusione crediti & debiti dissolvitur obligatio: quando creditum & debitum in unam transeunt personam: [a] quod duobus contingit modis; uno, cùm creditor principalis, debitori principali, aut hic illi, heres existit; [b] altero, cùm fidejussor idemque debitor successit reo principali eidemque debitori, aut contra; quo modo facta confusione fidejussor liberatur, debitoris principalis obligatio manet. [c]

[a] *l. pen. ff. de solut.* obstare videtur *l. quæ 87. §. 2. ff. ad leg. Falcid. & l. Arrium 8. C. d. tit.* [b] *l. sicut 75. l. si duo 93. l. Stichum 95. §. adstio. ff. de solut. l. debitori 7. C. de pact. l. Granius 71. ff. de fidejuss. l. ut debitum 5. & l. seq. C. de hereditr. act.* [c] *l. si duo 93. in fin. & d. l. Stichum, §. quod Virgo. ff. de solut. de quo posteriori loco.* Vide Cujac. *libr. 11. observ. cap. 34. & in lib. 28. quæst. Papin. pag. 111. & seqq.*

13 Dissolvitur item, ut dixi, obligatio, si duæ lucrativæ causæ in eundem hominem, & eandem rem, id est, speciem eandem concurrant: Vt si debitor eandem debeat speciem, ex causis lucrativis duabus, veluti duabus donationibus, vel aliis similibus causis, ut sunt Legatum & Fideicommissum: tunc enim ex una ejusmodi causa, debita species semel peti potest.

§. si res aliena. Vers. sì verò ex causa. & Vers. seq. Inst. de legat. l. omnes debitores 17. ff. de oblig. & act. l. in perpetuum 61. ff. de solut. & l. non quecunque 82. §. ultim. ff. de leg. 1. vide Donell. *lib. 17. cap. 5.*

Alte-

Alterum genus, quo obligatio dissolvitur absque opera eorum, ad quos 14
ipsa obligatio pertinet, est amissio rei, quæ tamen res alicubi in rerum natura extat: ut si debitori furto sit ablata; aut vi erepta, aut in flumen deciderit, aut locò mota non reperiatur: modò tamen ex negotio bonæ fidei debeatur, & casu fortuito sit amissa, vel ea culpa quam debitor præstare non tenetur: [a] quæ vero ex negotio stricto debetur, ea amissa non liberat debitorem. [b]

[a] *l. si ea res 31. in prin. ff. de act. empt. l. contractus 23. ff. de reg. jur. l. qua furtiua. C. de pignorat. act.* Donell. *lib. 16. comment. cap. 6. & 7.* [b] *l. continuus, §. illud, ff. de verb. oblig.* Sed obstare videntur, *l. si servum in prin. ff. de verb. oblig. & d. l. quod ex §. ff. de reb. credit.*

Bonæ fidei negotiis hic annumeramus etiam legata & fideicommissa. 15
l. in minorem 3. C. in quibus caus. rest. in integ. necess. non est. l. 3. l. usuræ 34. ff. de usur. l. cum res 47. §. pen. ff. de leg. 1.

Tertium genus hujus ordinis est decursus temporis, actionibus tempo- 16
ralibus præfiniti: Quod si enim obligatio temporalem pariat actionem, veluti actionem biennem, annalem, vel sex mensium, biennio, vel anno, vel mensibus illis sex decursis, expirat ipsa obligatio ipso jure: [a] at perpetua si fuerit actio, elapso lege definito tempore, similiter quidem tollitur obligatio, sed ope tantùm exceptionis. [b]

[a] *l. in omnibus 6. ibi, finit obligationem, l. in honorariis 35. ibi, cætera intra annum dirimuntur, item ibi, post annum non dantur, item ibi, anno finitur. ff. de Obligat. & Actionib. & tit. Inst. de perpet. & tempor. act. in pr. ibi, intra annum desere, & l. 1. §. ult. l. 3. in pr. vers. item si res, ff. de Feriis.* Quæ actio anno finiri dicitur, ipso jure finiri existimanda est: Sic ususfructus finiri dicitur, *§. finitur. Inst. de usufr.* & finiri dicitur pignoris obligatio, *l. eleganter 29. in pr. ff. de pignorat. act.* dies item finita in contractu dicitur, cum ita finita est, ut nulla amplius jure superest. *l. si finita. in pr. ff. de damn. infect.* Donell. *lib. 16. comment. cap. 8. pag. 640. vers. tunc solum, & pag. 646. vers. Quod ex eo liquum est, & pag. seq.* De actione biennali, annali, sex mensium, vide etiam Cujac. *ad tit. de div. vers. & tempor. præscript. cap. 18. 20. & seqq.* [b] *d. l. obligationum 44. §. 1. vers. Placet etiam, ff. de oblig. & Action. l. nemo 55. ff. de leg. 1. l. omnes 4. C. de præscript. 30. vel 40. an.* Donell. *d. cap. 8.*

Cæterùm ut prædicto modo obligatio dissolvatur, necesse est, ne cursus 17
temporis interruptus sit: interrumpitur autem à persona creditoris, tùm conventione judiciali: veluti vocatione in jus legitima, eaque solâ, si actio sit perpetua, [a] item litis contestatione; [b] tùm justa hypothecæ detentione; [c] tùm etiam morte creditoris, relicto impubere herede: [d] à persona verò debitoris, si is ad cognoscendum debitum, secundam cautionem in creditorem exposuerit. [e]

[a] *l. sicut 3. vers. nec sufficiet, & l. cum notissimi. §. imò. C. de præscript. 30. vel 40. an.* Wesenb. in supplemento ad Schneidew. *tit. de pœn. temer. litig. §. ult. num. 11.* [b] *dict. l. cum notissimi. §. imo & l. ult. C. d. tit.* [c] *d. l. cum notissimi. §. imo C. dict. tit.* [d] *d. l. sicut 3. vers. nec sufficiet. C. cod.* [e] *d. l. cum notissimi 7. §. etsi quis. C. dict. tit.*

Sequuntur modi, quibus ipso jure dissolvitur obligatio, intercedente 18
operâ, & facto eorum, ad quos pertinet; Ut sunt solutio debiti, & quæ pro solutione sunt, oblatio rei debitæ, & ejus non acceptæ obsignatio & depositio: tùm crediti & debiti compensatio: tùm nudus creditoris & debitoris

de finienda obligatione consensus: tum etiam novatio & acceptilatio: tum deniq; creditoris delictum, pecuniam aut rem debitam auferentis.

19 SOLVTIO est eius, quod debetur, naturalis eaque justa præstatio, [a] In qua spectamus, quis, cui, rectè solvat; quid, & quantum solvendum sit; quomodo, quo loco, quo tempore solutio fieri debeat: tum etiam quis solutionis sit effectus.

[a] *Præstationis verbum generale est. & omne debito convenit, sive res sit, sive factum, l. si fundum 114. ff. de Verb. Oblig. & l. qui res 98. §. mihi Roma. ff. de solut. l. ex empto 13. §. in primis, l. si eas res 32. ff. de act. empt.* vide Zanger. *in tract. de except. part. 3. cap. 1. nu. 1.*

20 Rectè solvit non solum ipsemet debitor, sed & pro eo, etiam ignorante & invito, alius.

§. 1. Instit. Quib. mod. toll. oblig. l. solvere 53. l. solutione 23. ff. de solut. l. manifesti, C. eod. tit. l. & solvendo 39. ff. de negot. gest. vide Donell. *lib. 16. comment. cap. 10. pag. 653. Vers. De alio, qui debitor non sit.*

21 Is tamen cui bonorum suorum administratio adempta est, non rectè solvit: qualis est pupillus sine tutoris autoritate. Quòd si pupillus solverit, solutum si extet vindicari potest: si consumptum sit, pro solutione cedit.

§. ultim. Instit. quib. alien. lic. l. quod si 14. §. ultim. l. obligari, §. pupillus. ff. de authorit. tutor. Obstare videtur, *l. interdum 29. ff. de condict. indebit.* Dissentit Zanger. *in dict. tract. & loc. num. 36. & 46.*

22 Rectè autem solvitur ei, cui ex obligatione debetur. non etiam alii sine voluntate creditoris. Mandante creditore, vel eo ratum habente, si alii solvatur, non minus liberationem consequitur debitor, quàm si ipsi creditori solvisset. [a] Vnde si debitor solvat procuratori creditoris generali, vel si cui specialiter mandatum est, ut debitum exigeret, liberatur ab obligatione, [b] non item si alii creditoris procuratori solverit. [c]

[a] *d. l. solvendo 39. ff. de Negot. gest. & l. in Suro 12. C. de solut. §. recte quoque, Vers. & huic simile est, Inst. de mandat.* [b] *l. Vero 12. in fin. & l. aliud est 106. ff. de solut.* [c] *l. hac jure 86. & l. ex pluribus 89. §. 1. ff. d. t.*

23 Sed finitur hæc potestas solvendi procuratori, mandato revocato: tum etiam morte creditoris: Vnde si debitor pòst sciens solverit procuratori, non liberatur ab obligatione, [a] ut nec si creditor denunciaverit, ne procuratori solveret. [b]

[a] *l. si Vero 12. l. quis servo 18. l. si servus 32. l. qui hominem 34. §. qui Titium, l. si cum 82. l. dispensatores 51. ff. de solut. & §. recte, Instit. de Mandat.* [b] *l. aliud 106. ff. de solut.*

24 Similiter debitor pupilli rectè etiam solvit tutori, [a] ut & debitor ejus, qui in cura est, illius curatori. [b] Sed ut pleniſſimam securitatem eò sequatur debitor, ex judiciali sententia tutori vel curatori solvat. [c] Ipsi autem pupillo absq; tutore aut tutore non rectè solvitur. [d]

[a] *l. Lucius 46. §. tutela. Vers. Paulus respondit, & §. ultim. ff. de admiss. & pueric. tut. l. solutum 49. Vers. tutori quoque ff. de solut.* [b] *l. quod si forte 14. §. 1. in fin. & del. solutum 49. ff. de adm. tut. l. patrem curatorem, Cod. de pact.* & si plures sint, etiam uni recte solvitur, nisi aliter pactus esset solvi. *l. consilio. 7. §. alt. de curator. furios.* [c] *l. sancimus 24. C. de admin. tut. vel curat. & §. at ex contrario, Vers. Sed hoc etiam evidentissima, Instit. Quib. alien. lic. vel non.* [d] *§. at ex contrario, Vers. Ideoq; si debitor, Inst. d. tit.* Quæritur an Marito recte solvi possit contentiente Muliere Resp. quod sic si præsens sit mulier & solutioni consentiat. *l. cum*

maritum.

maritum 11. ubi Dd. *C. de solut.* vide insuper Zanger. *dict. tract. de except. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 98. Zürstl. Würtemb. Landrecht. *part.* 2. *tit.* 29.

Quòd si creditor stipulatus sit, sibi aut Titio dari, vel ipsi creditori, vel huic etiam adjecto rectè solvitur, etiam invito creditore, [a] quamvis adjectus ille pupillus fuerit. [b] 25

[a] *§. planè, Inst. de inutilib. stipulat. l. quod stipulatus* 10. *& l. aliud est* 106. *ff. de solut.* Zanger. *dict. loc. num.* 122. [b] *l. si stipulatum fuero* 11. *ff. d. t.* Stracha *in tract. de adject. quæst. quod adject. solv. possit.*

Tribus tamen modis finitur potestas solvendi adjecto, capitis diminutione eius, [a] petitione creditoris & lite contestata, [b] pecunia & debita creditori nominatim soli postea à debitore constituta. [c] 26

[a] *l. cum quis* 28. *in princ. ff. de solut.* [b] *l. si quis stipulatus* 57. *§.* 1. *ff. d. t.* [c] *l. si vero* 8. *ff. de constit. pec.* Quod si debitor nominatim non dixerit, se soluturum ipsi creditori soli, poterit adhuc adjecto solvere. *l. si ita stipulatus* 59. *ff. de solut.*

Videamus nunc, quid & quantum sit solvendum. Solvere autem debitor tenetur id, quod debet, [a] non aliud, sive res, sive factum fuerit. Nam alia res pro alia invito solvi non potest, [b] neque aliud factum pro alio, [c] ut si alia facti species præstetur, vel alia persona non æquè artis perita faciat. [d] 27

[a] *Instit. quib. mod. toll. obligat. in princ.* An frumentum qui debet pecuniam solvere possit. vide Cœpen. *decis.* 25. *&* 27. Thesaur. *decis.* 153. [b] *l. manifestis* 17. *Cod. de solut. l. si quis alium.* 46. *ff. eod. l.* 2. *§. mutuis. ff. de reb. credit.* Si creditor prætendat deberi sibi certum monetæ genus, non usualem & currentem pecuniam, probare illud tenetur. Iohan. Fichard. *consil.* 47. *num.* 6. *Vol.* 2. Consult. Saxonic. *anno* 1608. *editis part.* 1. *de contractib. quæst.* 8. *nu.* 7. vide Donell. *ad l.* 16. *& l. seq. C. de solut.* Zanger. *dict. loc. nu.* 160. Altorffin. *consil.* 99. & Köppen. *decis.* 2. *per tot.* [c] *l. quæres fuas* 98. *§. mihi Roma, ibi. nam si diversis facta sunt, diversa res est. ff. de solut.* Zanger. *dict. l. nu.* 152. [d] *l. inter* 31. *ff. d. t.*

Quandoque tamen etiam invito creditori aliud rectè solvitur; puta, si res debita periit, ut æstimatio eius sit præstanda, [a] vel noxalis actione agatur. [b] 28

[a] *l. in re furtiva. ff. de condict. furtiv. l. si domus, §. qui confitetur, ff. de leg.* 1. Quid si volenti creditori dentur literæ censuales in solutum, quæ postea deprehenduntur vitiosæ, nunquid liberatus erit debitor? Sic putamus. Cum enim ultrò in solutum acceperit eas literas creditor, certè sublata fuit obligatio. Ita sensit Facultas nostra juridica per majora vota *Anno* 1610. *Mense Octobri* & quod periculum nominis debitoris spectet ad eum qui recepit in solutum probat Surd. *cons.* 22. *nu.* 23. *& cons.* 149. *nu.* 21. [b] *l. miles* 6. *§.* 1. *ff. de re judic.*

Quemadmodum res, quæ specie sive corpore alia est, invito creditori solvi nequit: ita nec ea, quæ forma est alia, rectè solvitur, si quod damnum ex ea re futurum sit creditori; [a] nec ea, quæ alia est qualitate interna. [b] 29

[a] *l. creditorem, aliàs, debitorem* 99. *ff. de solut. vide sub classe* 2. *disput.* 7. *thes.* 44. *& seqq.* [b] *l.* 3. ubi Donell. *ff. de reb. credit.* In solutione tamen cuius temporis æstimatio sit inquirenda contractus, an solutionis, vide Köpen. *lib.* 1. *quæst.* 2. *per tot.* junge Excellentiss. Dn. D. Besold. *disput.* 2. *ad stat. Wurtenb. thes.* 9. Fachin. 2. *controvers.* 9. Zanger. *de Except. part.* 3. *cap.* 1. *nu.* 169. Dn. Harpprecht. *tom.* 3. *fol.* 328. *nu.* 207.

Similiter aliud pro alio solvit debitor, si solvendo quid dare debeat, rem autem non propriam, sed alienam solvat. Quo casu placet ita debitorem non liberari, ut creditor statim possit agere, nec cogatur exspectare, donec res sit evicta. 30

l. cùm

qui creditori illic invento quandoque solvet; tùm etiam si dicatur pecunia ibi, ubi promissa est, ex facili solvenda, seu solvi posse. Sed debitor ex his causis eatenus absolvitur, quatenus cautionem priùs exponat, de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, ubi dari ex promissione debuit.

l. 4. §. 1. & ibi Donell. *ff. de eo quod cert. loc.*

Est & illud hic monendum, actioni huic arbitrariæ (quæ & utilis actio 36
appellatur, non quod efficax sit, ut Accursius voluit, neq; quod continet executionem eius quod interest, sed quia ex æquitate datur, deficiente directa) [a] locum esse tantùm in stricti juris negotiis; non etiam in negociis bonæ fidei: quippe cùm eorum actio directa moveri possit, si in contrahendo convenerit, ut certo loco quid præstetur. [b]

[a] *l. 1.* ubi Donell. *nu. 4. ff. de eo, quod cert. loc.* & Cujac. *in tract. ad Afric. in 3. in explicatione l. centum 8. ff. d. t. pag. 62.* [b] *l. in bonæ fidei 7.* ubi Donell. *ff. de eo, quod certo loco.* Cujac. *in lib. 28. Pauli ad edictum, pag. 35. col. 2.* & *pag. seq.*

Reus autem qui certo loco dare promisit, nullo alio loco, quàm in quo 37
promisit, solvere invito stipulatore potest: [a] nisi justa causa sit, cur alio loco debitum solvatur; [b] veluti si condicto loco solvi non possit, eò, quòd locus ille esse desierit, ut si vastatus sit bello, & eversus, aut absorptus chasmate, aut à mari occupatus, aut intercluſis ab hoste itineribus, eò commeari non possit: [c] vel si nihil interſit creditoris alio loco solvi. [d]

[a] *l. pen. ff. d. t.* [b] *l. usuras 8. C. de solut.* [c] Impossibilium enim nulla est obligatio. *l. impossibilium, ff. de Reg. Jur.* [d] Malitiosa est enim postulatio, ex qua nihil laturi sunt, nisi ut modestiã exhibeant, & officiant reo: Malitiis autem non est indulgendum, *l. in fundo, ff. de Reg. Jur. l. si cui, ff. de fer.* Et inventæ sunt stipulationes, ut unusquisq; adquirat, quòd sua interest. *l. stipulatio ista 5. alteri, ff. de Verb. oblig.* Donell. *ad l. pen. nu. 5. ff. de eo quod cert. loc.*

Quòd si de loco nihil in contractu dictum sit, tùm id, quod pondere, nu- 38
mero, mensurave constat, ibi solvendum est, ubi petitur, & peti debet, puta, ubi reus domicilium habet, aut obligatio contracta est. Sin species, sive corpus certum, ibi quoque rectè solvitur, ubi est, nec cogitur debitor aliò ad creditorem traducere; nisi dolo malo creditoris, res translata sit aliò, quàm ubi priùs erat.

l. quod legatum 38. ubi Bart. & alii, *ff. de judic.*

Tempus solutionis quod attinet, cum solutio sit eius, quod debetur, cer- 39
tum est antequam quid debeatur, necessariò solvendum non esse. Quod ergò sub conditione debetur, pendente conditione, solvere debitor non tenetur. [a] Et si solverit ante conditionem, non videtur fecisse, quod promisit, atque ideò repetere potest. [b]

[a] *l. cedere diem 213. ff. de Verb. Oblig.* & *l. si post 3. §. sed si sub conditione, ff. Quando dies leg. ced.* [b] *l. stipulatio ista 38. §. inter. Serv.* & *qui promisit, ff. de V. O.* & *l. qui promisit 48. ff. de condict. indebit. l. sub conditione. 16. ff. de solut.*

Similiter in diem quid debet, ante diem solvere non tenetur. Quin 40
etiam ne eo quidem die præstare id cogitur, sed totus ille dies arbitrio solventis relinquitur. [a] Hinc qui nundinarum diebus quid dare promisit, quam diu exiguum tempus ex nundinarum spacio supereſt, exigi ab eo non potest. [b]

[a] §. Omnis stipulatio, Inst. de V. O. l. eum qui 138. ff. d. t. l. Qui hoc anno 42. ff. eod. & §. pen. Inst. de inutilib. stipulat. in æstimatione an tempus sit spectandum solutionis an tempus contractus Dd. variant. vide Dn. D. Besold. in disp. 2. ad Ius Wirtemb. thes. 8. & Zanger. in tract. de except. part. 3. cap. 1. nu. 169. [b] l. Eum qui certarum 138. ff. de Verb. oblig.

41 Potest tamen debitor in diem, quod debet, etiam ante diem rectè solvere. [a] Sed an invito creditori? Negamus. [b]

[a] d. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam, l. continuus 137. §. cum ita, vers. Nam & quod ff. de V. O. l. Quod certa die 70. ff. de solut. & fac. l. Quod quis 50. ff. de O. & A. [b] l. si solaturus 39. l. Qui decem 72. in prin. ibi. Ille sine justa causa ea accipere recusaverit. & l. creditor 102. ff. de solut. AEmil. Ferret. & Cujac. ad d. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam, ff. de V. O. Idem Cujac. lib. 23. Obser. & cap. 22. Ioh. Borch. in commentar. ad tit. de V. O. cap. 6. n. 33. & seqq. eleganter Zanger. de except. part. 3. c. 1. n. 219. At dissentit Bart. & Corasius ad d. l. stipulatio ista 38. §. inter incertam, ff. d. t. Donell. ad l. eum qui Kalend. ff. eod. & in comment. lib. 16. cap. 11. pag. 664. Anton. Fab. lib. 1. conject. cap. 1. Dn. Hatprecht. ad pr. Inst. quib. mod. re contrahit. oblig. num. 96. & seqq. Iure item Wirtembergico est cautum, quod debitor creditori & invito ante diem solvere possit, Landrecht. part. 2. tit. wie gelichen Gelt oder Gut bezahlt werden soll. pag. 184. vide D. Gœdd. ad l. 12. §. 1. ff. de Verb. sign. nu. 5. adde Dn. Berlich. decis. tur. 153.

42 Quod autem purè quis debet confestim solvere tenetur; [a] nisi locus adjectus sit solutioni, [b] vel obligatio ex re ipsa dilationem capiat, veluti si in obligatione sit partus futurus, aut futuri fructus. [c]

[a] §. Omnis stipulationis Inst. de V. O. l. in omnibus obligationib. 14. ff. de R. Iur. Id tamen cum temperamento temporis intelligendum est, l. quod dicimus 105. ff. de solut. junct. l. rationem autem habere 13. ff. d. t. quod est spatium quatuor mensium. l. fin. C. de usur. rei judic. nec enim magnum damnum est in mora modici temporis, l. si debitori 21. ff. de judic. [b] l. eum qui Kalendis 41. §. 1. ff. de V. O. & §. loc. eod. tit. [c] l. Interdum 73. ff. d. t.

43 Restat effectus solutionis, qui hic est, quod per eam obligatio tollitur, [a] & ipso quidem jure, non ope exceptionis, [b] sive civilis, [c] sive naturalis [d] sit obligatio.

[a] Inst. Quib. mod. tollit. oblig. in prin. [b] l. Stichum 95. §. Naturalis. 4. ff. de solut. & l. creditoris 5. C. de pact. [c] d. l. creditori 5. C. d. t. Obstare videtur l. Qui hominem 34. §. ult. ibi, & ideo non liberatur ff. de solut. [d] d. l. Stichum 95. §. Naturalis, ff. de solut.

44 Quòd si tamen ex diversis causis debeat aliquis, tum ea tantùm obligatio tollitur, in quam debitum solutum debitor dixit; Est enim in arbitrio solventis dicere, quod potiùs debitum voluerit solutum. Quod si debitor non dixit, in quam causam solutum vellet, tunc in arbitrio creditoris accipientis est, in re præsente constituere, cui potiùs debito acceptum ferat.

l. 1. C. de solut. & l. 1. l. 3. & l. Paulus respondit 101. §. 1. ff. d. tit. vide Donell. lib. 16. comment. c. 12. pag. 673. & add. d. l. 1. nu. 3. C. de solut. ubi corrigit text. d. l. 1. in fin. ubi pro Hoc Est, legendum putat, Potest; sed contra omnium exemplorum fidem: Neque opus est illa correctione. Sichard. ad d. l. 1. C. de solut. Menoch. 3. præsumpt. 136. Treutler Vol. 2. disputat. 29. thes. 3. lit. c. quos sequitur & allegat Dn. D. Knipschilt. affinis meus honorandus in disp. 15. de contract. thes. 22.

45 Nunquid ergo creditor etiam in leviorem causam solutum constituere potest? Affirmamus.

Per d. l. 1. ibi, conferetur electio ad eum, qui accepit. C. de solut. & d. l. 1. ibi, in arbitrio est accipientis. ff. eod. c. Sed obstare videtur in eadem lege vers. dummodo in id constituat. Quem locum de creditore, qui post solutionem constituit, in quam causam solutum velit, malè accipit Donell. add. d. l. 1. nu. 3. C. de solut.

Quòd

Quòd si tamen creditori liberum sit, non accipere in eam causam, in quam debitor solutum dicit, arbitrium debitoris cessat: ut & cessat creditoris electio, si liberum fuerit debitori non solvere in eam causam, in quam creditor solutum suo arbitrio constituit: [a] veluti si constituat creditor in causam, de qua controversia est; vel ex qua alieno fidejussorio nomine debitor obligatus est; vel cuius dies nondum venit. [b] 46

[a] *l.2.ff. de solut.* [b] *d. l.1. vers. dummodo in id constituat, ff. eod. tit.*

Si fortè solutionis tempore à neutro dictum sit, in quam causam solutum, vel acceptum debitum vellet, primò dispiciendum, an inter plures causas aliqua sit, ex qua debitor jam compelli ad solvendum possit; ex quibusdam verò non possit; quales sunt in diem & cõditionales obligationes; item obligatio merè naturalis. Nam hoc casu ex illa, non ex his solutum creditor acceptò ferre jubetur. [a] Quod si debitor ex omnibus causis jam compelli ad solvendum possit, multum refert, utrùm de pluribus summis principalibus agatur, an verò de sorte & usuris. Si de pluribus summis principalibus agatur, hęc definitio certi juris tenenda est, non posse creditorem postea constituere, in quam summam acceptum ferat, quod solutum est, nisi in durio rem & graviorem. [b] 47

[a] *l.3. l. cum ex plurib. 103. ff. de solut.* [b] *d.l.3. & l.5. ff. de solut.* Donell. *ad l.1. nu.6.7. & seqq. C. eod. tit. & lib.16. comment. pag.672. & seqq.*

Hinc ti inter causas, ex quibus quid debetur, ea sit, quę ex dilatione periculum continet, vel famę vel pecuniæ, vel molestię à pluribus creditoribus subeundæ, in eam solutum constitui oportet. Periculum famæ adfert actio ex qua debitor damnatus ex edicto fit infamis, ut actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, pro socio, tutelæ, mandati, depositi; unde hujusmodi causa potior erit. [a] Huic proxima est causa, quæ continet periculum pecuniæ, qualis est, quæ habet stipulationem pœnæ, aut usurarum adjunctam; tum etiam causa judicati, ex qua bona debitoris capiuntur pignori, & distrahuntur, ut judicatis satisfiat; [b] Item obligatio, quæ sub hypotheca vel pignore cõtracta est: propter periculum distractionis pignorum. [c] Periculum molestiæ à pluribus creditoribus imminet, cùm debitor aliquid debet satisdatò, id est, fidejussoribus datis; siquidem duo illi creditores, principalis, & fidejussor non desinant debitori esse molesti, donec solverit. [d] 48

[a] *l. cum ex pluribus 97. & l. si quid 7. ff. de solut.* [b] *d.l. cum ex pluribus 97. l.4. l.7. ff. d.t.* [c] *d.l. cum ex plurib. ff. eod.* [d] *d.l.4. ff. hic.*

Quòd si in causis, ex quibus debitor ad solvendum cogi potest, nullum tale periculum ex dilatione metuitur, videndum, an quædam sit propria debitoris, quædam verò aliena, veluti fidejussionis causa. Potior enim habetur propria, quàm fidejussoria causa. 49

d.l.4. & l. cum ex pluribus 97. ff. de solut.

Si nihil prædictorum interveniet, sed omnia nomina erunt, & in commodo & proprietate similia, tunc ex omnibus habetur causa gravior, quæ est antiquior; Proindeque in antiquiorem & vetustiorem causam solutum videri debet. 50

l. 5. in princ. l. ubi 24. l. cum ex pluribus 97. & l. creditor. 102. §. Valerius, ff. de solut. Hartman. Pistor. *lib. 3. quæst. jur. 21.* Thesaur. *lib. 2. quæst. forens. 33.* Christin. *vol. 1. decis. 143.* Surd. *decis. 186.* Cravett. *cons. 619.* Hinc emphyteuta non privatur emphyteusi, si primo anno partem Canonis solvat, & anno secundo similiter aliquid det, ut & anno tertio, quibus tribus solutionibus primi anni canonem integrum præstet, Fachinæ. *lib. 1. controvers. jur. cap. 96.* Dissentit Borcholt. *de feud. cap. 3. nu. 18.* & Sichard. *ad l. 2. nu. 6. C. de jure emphyteut.*

51 Quod si amplius solutum est, quàm quod in unam aliquam causam queat imputari, tunc quod amplius est, reliquis causis suo cuique ordine tribuetur.

l. cum ex plurib. 97. ff. d. tit. Stephan. Gratian. *discept. forens. tom. 1. cap. 105. nu. 13. & seqq.*

52 Sin pardierum & contractuum causa sit, ut nulla causa alia, aliis sit antiquior, vel nullus contractus aliis debitori sit onerosior, tum ex omnibus summis pro portione videtur solutum.

l. illud 8. ff. d. t.

53 Quòd si de sorte & usuris agatur, ex quibus sortis obligatio principalis est, usurarum accessoria; Hic si quid solutum sit, quod ad utramque causam non sufficiat, neutro voluntatem suam exprimente, tunc prius id, quod solvitur in usuras, deinde in sortem accepto ferri debet; Proindeq; in eam causam, in quam acceptò ferri creditori expedit, non debitori: [a] siquidem sorte soluta, usurarum accessoria tollatur obligatio. [b]

[a] *l. 1. & ibi* Donell. *nu. 16. C. de solut. & l. 5. §. ult. ff. eod. l. si usuras C. de usur.* Surd. *cons. 95. nu. 61.* Pistor. *lib. 3. quæst. 21. nu. 25.* Schultes. *lib. 1. quæst. 45.* Idem Donell. *lib. 16. Comment. cap. 12 pag. 676. vers. ult. & pag. seq.* [b] *l. Eos in princ. C. de usur. l. 4. C. de posit.* Honded. *cons. 30. lib. 1.* Mindan. *de continent. caus. cap. 22. nu. 1. 2.* Codex Fabrian. *de usur. defin. 5. nu. 5.* Mynsing. *cent. 4. obs. 47.* Hartm. Pistor. *lib. 3. quæst. 21. nu. 25.* Ioh. Petr. Surdus. *cons. 290. nu. 61.*

54 Si amplius solutum sit, quam in usuras acceptum feratur, quod superest, in sortem cedit.

d. l. 5. §. ult. ff. de solut.

55 Sed quod generaliter constitutum est, priùs in usuras numum solutum acceptò ferendum, ad eas usuras pertinet, quas debitor exsolvere cogitur. Et sicut ex pacti conventione datæ repeti non possunt; ita proprio titulo non numeratæ, pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur: [a] Nisi in has quoque pignus datum sit; [b] quippe cum pignus hisce etiam usuris obstrictum sit. [c]

[a] *d. l. 5. §. pen. vers. quod generaliter, ff. de solut.* [b] *l. si usuras 21. C. de usur.* [c] *l. 4. & l. pignoribus 22. C. d. t. l. Paulus 101. §. 1. ff. de solut.*

56 SVCCEDVNT, quæ pro solutione sunt, oblatio rei debitæ, & eius non acceptæ obsignatio, & depositio. OBLATIO rei debitæ, quæ omninò necessaria est, [a] fieri dicitur, cum debitor speciem debitam creditori repræsentat, aut pecuniam annumerat, & simul ostendit, se paratum esse illi tradere debitum. Non sufficit, si dicat solùm, se paratum esse illi solvere, sed realis debet esse oblatio. [b]

[a] *l. 4. C. de usur. l. Iulianus 13. §. offerri, ff. de act. empt. & vend. l. 2. C. de pact. inter. empt. & vendit. l. servus 34. §. ultim. ff. de stat. lib. l. ult. C. debitorem vendit. pign. impedir. non poss. l. ult. C. de luit. pignor. l. 2. C. de jur. Emphyt. l. tutor propupillo 28. in fin. ff. de administr. tut. l. si debitor*

debitor 30. *ff. de solut.* [b] uti arguit tum ipsa præpositio OB, in composito verbo OBLATIO; tùm etiam text. *in l. cùm fervius* 82. *vers. nam non utique, ff. de condit. & demonstr. & alij textus ad lit. A. adscripti. & autoritates Dd. adductæ ad thesin* 61. *sub dist. ut.* 20. *de jure retractus, clauſ.* 3. sentit idem Molin. *in tract. de usur. quæst.* 39. *num.* 297. tùm etiam Donell. *lib.* 6. *comment. cap.* 13. *pag.* 678. *vers. oblatio debiti, & pag. seq. in pr. & ad l. obsignatione* 9. *nu.* 3. *C. de solut.* De oblationis requisitu vide etiam Gilhausen. *in arbor. civil. cap.* 5. *ramuſc.* 10. *nu.* 89.

In rebus soli similiter debiti oblatio fieri debet; [a] at quia res soli per manum in manum tradi nequit, idonea satis est oblatio, si dicat debitor creditori separatum eam illi tradere; [b] quod etiam in præsentia facere potest, vel constituendo se nomine creditoris possidere, [c] vel mittendo creditorem in vacuam possessionem. [d] 57

[a] *Novell.* 91. *cap.* 2. ubi Cujac. [b] Bald. *ad l. acceptam. C. de usur.* Molin. *post alios consil.* 57. *n.* 9. Donell. *lib.* 16. *comment. c.* 13. *pag.* 679. *in prin.* [c] *l. quod meo* 18. *in princ. ff. de adquir. vel amitt. poss.* [d] *l. si me in vacuam* 34. *in princ. ff. d. t.*

Oblatio autem debiti testatò, id est, testibus præsentibus fieri debet; apud quos testetur debitor, id esse, quod debet, quod nunc offert, ac petat ab illis, ut meminerint, & testes ejus rei esse velint. [a] 58

l. si creditrici 6. *& l. acceptam* 19. *C. de usur.*

Fieri item debet oblatio totius debiti cum usuris, si quæ debeantur: [a] & quidem fieri debet idoneo loco, [b] & tempore opportuno. [c] 59

[a] *d. l. acceptam* 19. *C. de usur. & d. l. ult. ibi, si universum tam sortis, quàm usurarum debitum offerat creditori, C. debitorem vend. pign. impedir. non poss.* [b] *l. qui Romæ* 122. *in princ. ff. de V. O. l. obsignatione* 9. *C. de solut. & l. meri* 32. *in princ. ff. de usur.* [c] *l. si solutarum* 39. *ff. de solut.* Molin. *d. consil.* 57. *nu.* 11. ubi addit, quòd die, non nocte fieri oblatio debeat; citat in hanc sententiam Pet. de Bella Pertic. *in repetit. d. l. acceptam* 19. *C. de usur.* De tribus his, in thesi propositis, conditionibus oblationis, agit quoque Donell. *ad d. l. obsignatione* 9. *n.* 8. 9. *& 10. C. de solut. &* Ioh. Borcholt. *de usur. cap. ult. n.* 8. *&* 10. Everhard. Senior. *consil.* 99.

Oblatione debiti hoc modo facta, si creditor rem debitam ita oblatam non accipiat, & ipsum debitum in quantitate consistat, includi in vas aliquod, aut saccum debet & ipsi vasi, aut sacco sigillum imponi, ut nisi amoto sigillo, vas aut saccus aperiri non possit. 60

d. l. si creditrici 6. *& d. l. acceptam* 19. *C. de usur. & l. ult. C. de luit. pignor. l. obsignatione* 9. *Co. de solut. & d. l. Tutor propupillo* 28. *in fine, ff. de adminiſt. & peric. tutor.* De obsignatione hac, vide quoque *l.* 1. *§. si pecuniam in sacculo* 36. *ff. depositi*, vide quoque Donell. *lib.* 16. *comment. cap.* 14. *per totum.* De Exceptione solennis obsignationis vide Zangerum. *de Except. part.* 3. *cap.* 2. *per tot.*

Non satis est obsignationem & consignationem debiti solenniter factam fuisse; sed & illud insuper requiritur, ut tuto loco res debita, non accepta à creditore, deponatur: [a] qui locus est locus publicus, puta sacratissimæ ædes, aut ubi judex competens super ea re aditus rem deponi constituerit. [b] 61

[a] *d. l. Tutor propupillo* 28. *in fine. ff. de adminiſt. & peric. tutor.* [b] *d. l. acceptam* 19. *C. de usur.* Quo casu debitor judicem proprium adire potest, & penes eum oblatam pecuniam deponere, nec tenetur creditoris accedere judicem, Cœpen. *lib.* 1. *quæst.* 34. *nu.* 15. Boer. *decis.* 114. *nu.* 9. Tyraquell. *de retract. lignag. §.* 8. *glos.* 5. *num.* 1.

Quòd si aberit creditor, magistratus interpellandus erit, apud quem 62

ostendatur, paratam esse pecuniam, quæ offeratur. [a] Si copia magistratus haberi non possit, coram honestis personis isthæc protestatio fieri debet, & super ea re Notarius rogari [b]

[a] *l. si creditrici 6. C. de usur. & l. ultim. ff. de leg. commissor.* Atque hujusmodi protestatio vim habet realis oblationis, ut post alios sentit Molin. *d. consil. 57. nu. 10.* Donell. *ad d. l. obsignatione 9. nu. 7. C. de solut. & lib. 16. comment. cap. 13. pag. 679. lin. 42. & seqq.* [b] *per l. final. C. de his, qui propr. met. jud. non appell. & l. de pupillo 5. §. si quis ipsi prætori. ff. de oper. nov. nunc.* Molin. *d. cons. 57. nu. 10.*

63 Effectus oblationis, obsignationis, & depositionis idem est, qui solutionis; Proindeque ipso jure debitor per eam liberatur, [a] ut neque rei debitæ periculum ampliùs sustineat, [b] neque usuras præstare cogatur. [c] Liberantur item pignora, [d] liberantur & fidejussores [e]

[a] *d. l. acceptam 19. C. de usur. l. 1. §. si pecunia, in fin. ff. depositi. Sed obstare videntur d. l. acceptam 19. vers. ultim. C. de usur. verba hæc: creditor, scilicet utils ad executionem, & c. & l. debitor. ff. de usur. ad utrumque locum respondet* Donell. *ad d. l. obsignatione 9. num. 12. & 13. C. de usur.* [b] *dict. leg. acceptam, C. de usur.* [c] *d. l. creditrici 6. C. dict. tit. & l. Tutor. 41. §. 1. ff. eodem tit. de usur. d. l. tutor pro pupillo. §. ultim. ff. de administ. & peric. tutor.* Vivius *decis. 526.* Schurpff. *consil. 3. num. 13. cent. 2. & consil. 70. num. 25. cent. 3.* Henning. Goeden. *consil. mlt. num. 343.* [d] *l. creditor. C. de pignorib. l. ultim. C. debitorem vendet. pignor. impedire non poss. l. ult. C. de luit. pignor.* [e] *l. in omnib. speciebus 43. ff. de solut.*

64 Sola autem oblatio rei debitæ non liberat debitorem, vel ipso jure vel per exceptionem; [a] neque cursum usurarum interpellat; [b] neque pignora liberat, [c] neque fidejussores. [d] Si tamen pecunia tributorum & publicarum pensitationum nomine debita susceptoribus oblata sit, ipsa sola oblatio pro solutione cedit, [e] ut si servus causa implendæ conditionis, sub qua manumissus est, decem obtulerit [f]

[a] *l. illud 17. ff. de pericul. & commod. rei vendit. l. sed si postea 24. ff. de recept. arbitr.* [b] *dict. l. acceptam 19. Cod. de usur. l. 1. in fin. & l. debitor. ff. d. tit. dict. l. tutor de pupillo. §. ultim. ff. de administrat. & peric. tutor.* omnino videndus Cœpen. *lib. 1. quæst. 34. nu. 10. & seqq.* [c] *l. ultim. C. de luit. pignor. d. l. ultim. C. debitor. vendit. pign. impedire non poss. l. si prius C. de distract. pign. Sed obstare videtur l. item 6. §. 1. ff. quibus modis pignor. vel hypothec. solv.* [d] *per l. in omnibus speciebus 43. ff. de solut.* [e] *l. 1.* ubi Cujac. *C. de suscept. libr. 10.* [f] *l. ultim. C. de condit. institut.*

65 Etti verò sola oblatio debitorem ab obligatione haud liberet, alia tamen commoda ipsi adfert. I. Liberat eum periculo custodiæ, nisi post oblationem interpellatus novam creet moram; [a] aut ejus dolo malo res postea perierit. [b] II. Facit, ne adversus eum usuræ, aut pœnæ stipulatio committatur, cùm utrumque deberetur ea conditione, si pecunia soluta non esset, & ea pecunia non soluta quidem, sed tamen ab ipso debitore creditori oblata est. [c] III. Eadem oblatio facit, ut si creditore ex rebus, sibi pignori obligatis, fructus postea percipiat, eos non in usuras, sed in sortem computare cogatur. [d]

[a] *l. illud 17. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. si servum. §. sequitur. ff. de obligat. & act.* Donell. *lib. 16. Comment. cap. 13. pag. 680.* [b] *d. l. illud 17. ff. de peric. & commod. rei vendit. & l. semora. ff. solut. matrim.* Facit huc, quod nemo suo facto obligationem tollere potest, *l. sequitur. §. sed eamus. ff. de verbor. oblig.* Quodque nulli *sua dolus prodesse debet. l. 1. ff. de*

ff. de dolomalo. [e] *Cùm enim per creditorem stet, quò minùs debitum solvatur, atque ita quò minùs impleatur conditio, jure debitum pro soluto, & conditio pro impleta habetur, l. jure 24. ff. de condit. & demonst. & l. in jure 161. ff. de reg. jur. Solutis autem sortc, neque usura, neque pœna debetur. l. in omnibus 43. ff. de solut.* [f] *l. exp. tradijs. C. de usur.*

Sed quæritur, an sola extra judicialis oblatio, sine obsignatione & depo- 66
sitione, etiam extra propositum jam casum, usurarum cursum impediat? Dd. communiter negant, [a] inter quos est Donellus, [b] & rectè quidem negant: [c] Molinæus [d] verò affirmat, [e] sed malè. [f]

[a] Quorum meminit Molin. *tract. de usur. quæstion. 39. num. 206. & consil. 57. num. 3.* [b] *lib. 16. Comment. cap. 13. pag. 680. lin. 12. & seqq.* [c] *per text. in d. l. tutor pro pupilla 28. §. ultim. ff. de administr. & per ic. tutor. l. 1. in fin. l. debitor. ff. de usur. & d. l. acceptam. C. eodem titul.* [d] *d. quæst. 39. num. 206. & d. consil. 57. num. 12.* [e] *per l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.* videtur quoque huc facere *l. si resiđuum. 5. C. de distract. pign.* Priori loco utitur hoc argumento; quia ipsi obligationi usurarum vel reditus inest conditio, nisi fors cum reliquis offeratur. Posteriori casu, scilicet *consil. 57. num. 12.* confirmat suam hanc opinionem hac ratiocinatione: Si compensatio impedit cursum usurarum ipso jure, etiamsi non opponatur ab homine: Multo fortiùs cum impedit oblatio ab homine congruè facta. *Vid. infr. thes. 88.* [f] *per text. ad lit. C. adscriptos.*

Videamus nunc de COMPENSATIONE. Compensatio est quan- 67
titatis debitæ, & creditæ quantitatis, [a] ejusdem generis, [b] inter se juris beneficio facta contributio, [c] quâ debitor, idemque creditor ejusdem, ab obligatione liberatur, [d] ut quod creditori suo debet retinere, [e] & servare, [f] eundemque petentem suum debitum submovere [g] possit.

[a] *l. si conVenerit 18. in princ. ff. de pign. act. l. 1. ff. de impens. in res dotal. fact. l. si non sortem 26. §. si centum. ff. de condict. indebit.* Iul. Paul. *lib. 2. recept. sentent. tit. 5.* & ibi Cujac. *l. 2. ibi, pecunia, l. 4. ibi, pecuniam, l. 5. ibi, quantitatem l. si propter 8. l. si tutores 11. C. de compensat. l. cum alter, 11. l. pecuniam 15. l. debitor 19. & l. seq. l. penult. ff. eodem tit.* Donell. *lib. 16. commentar. cap. 15. pag. 696. Vers. Non minùs res; & ad §. in bonæ fidei, num. 13. Inst. de act.* [b] Tyndar. *tract. de compens. artic. 3. num. 7. l. 1. ff. de compensat.* Donell. *d. cap. 13. pag. 691. lin. 50. & d. §. in bonæfidei, num. 3. & 14.* [c] Est enim compensatio pro solutione. *l. 4. C. de compensat.* & dare intelligitur, qui compensat. *l. dedisse 76. ff. de Verb. signific.* [d] *l. 4. ff. de compens.* Non est compensatio RETENTIO, sed jure compensationis fit retentio. *d. l. 4 & l. ob negotium 20. ff. eod. tit.* [e] *l. si cum 9. in princ. ff. d. tit.* [f] *l. 2. ff. hoc tit.* Vide Berlich *tom. 1. pract. conclus. 23.*

In compensatione autem spectamus, tum ex quibus actionibus com- 68
pensatio fieri queat; tum quibus in casibus: tum etiam quomodo fiat compensatio, & quo tempore ea objici possit: tum denique vim & effectum compensationis.

Schneidevv. *in §. fin. Inst. quib. mod. tollit. obligat. & in §. bonæfidei. Inst. de action.*

Compensatio fieri potest ex omnibus actionibus, sive in personam, sive 69
in rem fuerint, [a] sive bonæfidei, sive stricti juris. [b] Neque refert ex contractu, vel quasi, delicto, vel quasi delicto sit actio. [c]

[a] *l. ultim. in princ. C. de compensat. & ibi* Cujac. *in paratit. in fin.* Idem Cujac. *lib. 15. obserV. cap. 12. &* Donell. *ad d. §. in bonæfides, num. 6. Inst. de act.* [b] *d. §. In bonæfides. Inst. de act. l. inter 36. ff. de administrat. tutor. l. 4. l. si ambo 10. §. pen. & ultim. l. cum alter 11. & l. seq. ff. de compensat. l. 4. l. 5. C. eodem tit.* Cujac. *lib. 8. obserV. cap. 16. & lib. 15. cap. 1.* Facit huc,

quod

quod exceptio doli strictum judicium facit bonæ fidei judicium, *l. Sejus 42. ff. de mort. caus. donat.* Cujac. *lib. obsery. cap. 17.* Et dolo facere videtur, qui petit id, quod mox est restituturus. *l. dolo 8. ff. de dol. mal. & metus except.* [c] *d. l. si ambo 10. §. pen. ff. de compensat.*

70 In actione tamen depositi, & momenti actione, compensationi locus non est [a] Quæritur de actione commodati, & de dote actione? Nos in his etiam compensationem fieri asserimus. [b]

[a] *l. ult. §. 1. C. de compens. at. & l. pen. C. depositi.* Paul. *lib. 2. sent. tit. 12. de deposito.* Cujac. *lib. 8. obser. at. cap. 16. in fin.* Quod attinet actionem momenti, firmat hanc conclusionem *Z. ultim. in fin. C. de compensat. l. unic. C. si de moment. poss. fier. appell. l. momentaria 6. C. unde vi.* Cujac. *lib. 1. obser. c. 23.* [b] Nam hæ duæ actiones non excipiuntur *in d. l. ult. §. 1. & ult. C. de compensat.* Exceptio autem firmat regulam in casibus non exceptis. *l. quæsitum 12. §. idemve spondet. Vers. Nam qui hæc ff. de instruct. vel instrum. leg.* Ac commodati actionem compensationem non admittere ostendit. *l. fin. C. commod. & supr. class. 2. diff. 9. thes. 19.* asserui commodatorem jure recusare non posse compensationem, sed hoc procedere intelligendum, si non de quantitatis sed speciei compensatione agatur, prout in dict. *thes. 19.* vox Spadam arguit. Et de dotis actione est text. *in l. fructus 7. §. ob donationes 5. l. 15. §. 1. l. si constante 24. §. si uxor 6. ff. solut. matrim. l. 5. ff. de impens. in res dot. al. f. tit. l. neque 6. C. de compensat. l. 1. ff. rei amotar.* Dissentit Duaren. *ad d. l. fructus. §. ob donationes. ff. solut. matrim.* & Francisc. Balduin. *in Justinian. pag. 151.*

71 Non autem omnibus in casibus compensatio fieri potest; [a] proindeque videndum, quibus in casus, in quibus item rebus, & quali in debito locus sit compensationi.

[a] *Ejus in rem 30. ff. de condict. indebit.*

72 Compensatio fieri potest in casus non privatis tantùm, sed & publicis veluti in casus fisci, & Reipubl.

l. idem 12. & l. ult. ff. de compensat. & l. 3. in princ. C. eod. tit.

73 Excipiuntur tamen quædam ejusmodi causæ: veluti si quis debeat aliquid ex causa vectigalium, tributorum, stipendiorum, [a] vel ex causa annonaria, [b] ex causa fœneratitiæ pecuniæ, mutuò à Repub. acceptæ, [c] ex causa alimentorum, quæ Respub. agentibus præstat, [d] Si quis item pecuniam debeat, quæ statutis sumptibus seruit, ut quæ destinata est ad solvenda stipendia ijs, qui Reipub. operam navant, ut militibus, ducibus belli, magistratibus consiliarijs, officijs magistratuum, professoribus liberaliū artium in quaque civitate. [e] Etsi quis fideicommissi civitatis debitor sit. [f] Si quid denique debeatur ex pretio rei à Repub. emptæ.

[a] *l. 3. C. d. compensat. auferetur 46. §. ut debitoribus. ff. de jur. fisc.* [b] *d. l. auferetur 46. §. ut debitoribus. ff. d. tit. l. ob negotium 20. ff. de compensat.* Cujac. *lib. 2. obser. c. 23.* [c] *d. l. 3. ibi si neque ex Kalendario. C. de compensat.* [d] *d. l. 3. ibi neque alimentorum. C. d. tit.* [e] *d. l. 3. ibi, neque eius, quæ statutis sumptibus servit. C. eod. tit.* [f] *d. l. 3. in fin. C. d. t.* [b] *d. l. auferetur 46. §. ut debitoribus. ff. de jur. fisc.* De septem exceptis casus vide Donell. *lib. 16. comm. cap. 15. pag. 692. Vers. quod attinet, & pag. seqq.*

74 Res ad compensationem pertinentes sunt pecunia, & alia quantitas, non species sive corpus.

Per text. supr. thes. 67. sub. lit. A. adductos. Obstare videtur, quod compensationi locus est, etiam in actionibus in rem.

75 In eo autem debito locum habet compensatio, quod jure exigi potest, & necessariò solvendum est: [a] tum etiam quod natura debetur. [b] Non item

item quod jure tantùm civili debetur, & proinde per exceptionem petimi potest. [c]

[a] *l. 1. & l. 2. ff. de compensat.* [b] *l. etiam quod naturâ 6. ff. d. tit.* [c] *l. Quæcunque 14. ff. eodem tit.*

Sed necesse est, ut purum sit debitum, non quod in diem, vel sub condi- 76
tione debetur: cujusmodi debitum ante diem, vel sub conditione compensari non potest.

l. Quod in diem 7. ff. de compensat. l. fin. C. eod. Sed obstare videtur *l. cum milites 16. §. 1. ff. dict. tit.* Paul. Christin. *Vol. 1. decis. Belgicar. decis. 231.*

Desideramus & illud, ut debitum certum sit, & liquidum, quale est con- 77
fessum debitum, & quod ex judicato venit: Incertum, controversum, & illiquidum debitum non compensatur.

l. si debeas 22. ff. de compensat. l. 3. ff. de tut. & rationibus distrah. d. l. ultim. §. 1. C. de compensat. & §. in bonæ fidei, vers. sed nostra constitutio, ibi, quæ jure aperto nituntur. Inst. de actionibus. Obstare videtur *l. in compensationem 8. ibi, quo nomine cum actore lis contestata est. ff. de compensat.* ubi Bart. notat, quod dictum litigiosum in compensationem deduci possit. Christin. *dict. decis.* 231. quale autem debitum dicatur liquidum vide Cœpen. *lib. 1. quæst. 34. nu. 4.*

Exigimus & hoc, ut quod compensari debet, ipsi debitori non alij de- 78
beatur: [a] & ut debeatur à creditore non ab alio, qui creditoris nomine pecuniam petit. [b]

[a] *l. ejus 9. C. de compensat. & l. cum milites 16. in princ. & l. in rem 18. §. 1. ff. eod. tit.* [b] *l. penult. ff. d. tit.*

Hinc compensationi locus non est, Principis procuratore creditum pe- 79
tente, si debitori ab ipso Principe quid vicissim debeatur, at non ex ejusdem, sed alterius procuratoris statione.

l. 1. C. de compensat.

Similiter cùm militi castensium bonorum alius, cæterorum alius heres 80
existit, & debitor alteri heredum obligatus velit compensare, quod ab alio debetur, non audietur.

l. cum milites 16. ff. de compensat.

Si quid tamen à fidejussore petatur, æquissimũ est, eligere fidejussorem, 81
utrùm quòd sibi, an quod reo principali debetur, compensare velit. Sed & si utrumque velit compensare, audiendus est.

l. 4. & 5. ff. de compensat.

Filius quoque familias conventus compensare potest, quod patri debe- 82
tur; sed cum conditione, si caveat patrem ratum habiturum, id est, non exacturum, quod is compensaverit. Pater quoque vel dominus si ex filij, vel servi contracta societate agat, cum socio, solidum per compensationem socius servare potest, quamvis si ageret contra patrem, vel dominum, duntaxat de peculio præstaretur.

l. si cum filiofam. 9. ff. d. t. & l. 3. §. ult. ff. rer. amotar.

Requirimus hic & illud, ut debitum & creditum, non solum in quanti- 83
tate consistant, uti suprà monuimus, sed & ut ejusdem sint generis & bonitatis.

Cùm enim diversæ qualitatis, & diversi generis res, creditori invito solvi non possit, *l. 2. §. 1. & l. 3. ff. de reb. credit. l. ei à quo 16. C. de solut.* certè nec compensari, siquidem compensatio pro solutione habeatur, *l. 4. C. de compensat.* Tyndar. *tract. de compensat. artic. 3. num. 7.*

84 Quod attinet modum, & tempus compensandi debitum & creditum, compensatio quidem fit ipso jure, [a] verùm à debitore objicienda est creditori, debitum petenti. [b]

[a] *l. 4. ibi, ipso jure; item ibi, non tenetur ipso jure, l. si ambo 10. in princ. ibi, ipso jure compensatione facta, l. posteaquam 21. ibi, ipso jure compensari. ff. de compensat. l. 4. ibi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet, & l. ultim. in princ. ibi, ipso jure fieri. C. eodem tit.* [b] *l. 2. ibi, compensationem implorare posse, l. neque scriptura 6. ibi, compensationis aequitatem jure postulas. l. si ex venditione 7. ibi, compensationis ratio opponitur, & l. seq. ibi, compensationem non immeritò objicies. l. quoniam 10. ibi, compensationem potes opponere, & dict. l. ult. §. 1. ibi, compensationes objici jubemus. Cod. de compensat. l. quod Labeo 13. l. pecuniam 15. ibi, in compensationem deduci oportet, l. in rem 18. ibi, aequitate compensationis utetur, & l. seq. ibi, sed dabitur ei compensatio, & l. penult. ibi, compensationem objici. ff. dict. tit.* Guido Papæ *decis. 221. nu. 2.* Angel. *ad l. 1. & ibid.* Bald. *C. de distract. pign.* Schæffer. *lib. 3. quæst. 12.* Wesenbec. *in parat. ff. h. t. num. 8.*

85 Tempus compensationis spectatur & in ejus exordio, & illius duratione. Exordium & initium capit compensationis jus ex eo tempore, ex quo ab utraque parte quid debetur. [a] Durat autem hoc jus usque ad executionem sententiæ contra debitorem latæ, ita ut non modò in ipso judicio, cõtra debitorem accepto, sed & in ipso momento, quo petitur executio rei judicatæ, compensatio implorari, & objici possit. [b]

[a] *l. 4. C. de compensat.* [b] *l. 2. C. eodem tit.*

86 Quòd si causa liquida non sit, & tempore litis contestationis in vim exceptionis, objiciatur compensationis æquitas, [a] debitor intra duos menses, [b] vel quod judex suo arbitrio definierit tempus, [c] docere suum debitum debet.

[a] *l. siquidem 9. C. de exceptionibus.* [b] *dict. leg. auferetur 46. §. qui compensationem. junctâ l. in fraudem 45. §. fiscalibus. ff. de jure fisc. & l. debitoribus 31. ff. de re judic.* Bart. *ad d. l. ultim. num. 6. C. de compensat. &* Donell. *ad d. §. in bonæ fidei. num. 8. Inst. de actionib. & lib. 16. comment. cap. 15. pag. 700.* Menoch. *post alios libr. 2. de arbitr. cent. 1. cas. 14.* [c] ut volunt quos citat Menoch. *d. casu. 14.*

87 Restat vis & effectus compensationis; qui est, quod compensatio pro solutione habetur ipso jure, ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur usque ad concurrentes quantitates; [a] Vnde compensationis jure debitor ab obligatione liberatur. [b]

[a] *l. 4. C. de compensat. l. 4. ff. qui potior. in pign. hab. & l. vel permutavit 19. ff. de liberal. caus.* [b] *l. 4. l. si ambo 10. l. posteaquam 21. ff. de compens. d. l. 4. C. eod. tit.*

88 Hinc ex eo tempore, quo compensatio facta est, usuræ deberi desierunt, [a] & pignus datum repeti potest. [b] Si quid etiam solutum sit, ut indebitum conduci potest. [c]

[a] *l. Eius quantitatis 7. C. de solut.* [b] *l. invicem 12. C. de compensat.* [c] *l. si ambo 10. §. 1. ff. de cond. ind. liquet invicem 30. ff. de condict. indebit.*

89 Quòd si judex rationem compensationis non habuerit, salva debitori manet

manet debiti petitio: Nec enim rei judicatæ exceptio objici potest. Sin reprobaverit compensationem, quasi non existente debito, rei judicatæ exceptio debitori nocebit.

l. quod in diem 7. §. 1. ff. de compensat.

SVCCEDIT NVDVS CREDITORIS & debitoris de dis- 90
solvenda obligatione consensus. Nudo consensu creditoris & debitoris eæ tantùm obligationes ipso jure tolluntur, quæ solo consensu constitutæ sunt: veluti quæ emptione-venditione, locatione-conductione, societate, mandato, pecuniæ constitutione, vel donationis pacto sunt constitutæ. [a] Cùm nihil tam naturale sit, quàm eodem genere quodque dissolvi, quo colligatum est. [b]

[a] *l. ab emptione 58. ff. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. liceat ab empt. disced. l. 2. l. 5. §. ult. ff. de rescind. Vendit. §. ult. Inst. quib. mod. toll. oblig. l. sicut. C. de oblig. & act.* [b] *l. nihil tam naturale, & l. ferè. ff. de reg. jur.*

Consensum autem hîc exigimus, non alterutrius voluntatem, ut quæ 91
nullo tempore, ne ex scripto quidem Principis, ab obligatione recedi licet: [a] etiamsi duplo oblato alteruter eam rescindi postulet.

[a] *l. 3. C. rescind. Vendit.* [b] *l. non est probabilis 6. & l. ratas 7. C. dict. tit. Obstare videtur l. contractus, in fin. C. de fid. instrument. & §. sed hoc quidem. Inst. de empt. Vendit.*

Et tollitur hoc modo etiam naturalis obligatio, [a] quæ ad actionem effi- 92
cax est. [b]

[a] *l. Stichum 95. §. naturalis. ff. de solut.* [b] *l. fidejussor. 16. §. naturales. ff. de fidejussor. & l. naturales 10. ff. de oblig. & act.*

Sed eatenus hæ obligationes nudo consensu tolluntur, quatenus res ad- 93
huc integra sit, id est, res debita nondum sit tradita: [a] alioqui præter consensum rei etiam redditio necessaria fuerit; veluti in emptione venditione precij, aut mercis redditio. [b]

[a] *§. ultim. Instit. quibus modis toll. obligat. l. 2. l. 3. & l. cùm emptor 5. §. 1. ff. de rescind. Vendit. & l. ab emptione 58. in princ. ff. de pact.* [b] *d. l. ab emptione, Vers. Aristonis hoc amplius. ff. d. titul.*

Mandati tamen obligatio sola mandantis revocatione, & sola revocatio- 94
ne ejus, qui mandatum suscepit, dissolvitur: [a] solvitur & singulorum sociorum renunciatione societatis obligatio. [b]

[a] *§. recte. Inst. de mandat. Vid. thes. 63. & seqq. disput. VI. Class. 2.* [b] *§. manet. Inst. de societat. Vid. thes. 34. & seqq. Disput. V. sub class. 2.*

SEQVITVR DE NOVATIONE ET ACCEPTILA- 95
TIONE. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem civilem vel naturalem transfusio atque translatio.

l. 1. ff. de novat. Gail. *lib. 2. observat. 30.* Sesse *lib. 1. decis. 22. per tot.*

Est autem duplex novatio; voluntaria & necessaria. [a] Voluntaria nova- 96
tio est, quæ fit per stipulationem, libero consensu eorum, inter quos res agitur, citra ullam judicij necessitatem, [b] si specialiter dicatur, ut novatio fiat. [c]

[a] *l. Aliam 29. l. delegare 11. §. 1. ff. de novat. junct. l. inter 83. §. 1. ff. de verborum obligat. &*

l. ult. ff. de separat. Cujac. *in lib. 24. quæst. Pauli, pag.* 304. & Donell. *ad rubric. C. de nov. et delegat. nu. 5. & lib. 16. Comment. cap. 20. pag. 718. vers. Sunt ergo novationis* [illegible] *l. 1. §. 1. et. novari verbis potest. ff. de novat. §. præterea. ibi, a Titio dari stipulatus sis. Inst. quibus mod. toll. oblig.* Cujac. *supr. dicto loco.* tum etiam Donell. *prius allegatis locis. l. ult. C. de novat. l. qui usumfructum. ff. de verb. oblig. l. si rem* 31. *§. 1. ibi, cùm specialiter agit. ff. de novat. & d. §. præterea. vers. sed cum hoc quidem. Inst. quib. mod. toll. obl.* Vid. omninò Parlador. *lib. 2. rer. quotid. 2. c. fin. p. 1. §. 2. lit. m. 6. nu.* 46. Arum. *decis. 3. supr. lib.* 2. Dn. D. Knipschilt. *in disp.* 13. *de contractib. thes.* 42.

97 In voluntaria novatione spectamus, tùm per sonas novantes, tùm obligationem, quæ novatur, & in quam fit novatio; tùm etiam modum novandi; tùm denique novationis effectum.

98 Ratione personarum novantium, ipsa novatio in duas discedit species; una generis nomen retinet, & dicitur novatio; alia verò delegatio propriè dicitur. Novatio est, cùm idem debitor manet, sed ipsa obligatio saltem novatur. Delegatio est quando debitor vice sua dat alium reum volentem creditori, vel cui creditor jusserit.

l. delegare 11. *ff. de novat.* Dico, volentem. Nam delegatio debiti, nisi consentiente creditore. & stipulanti promittente debitore, jure perfici non potest, *l. 1. C. eod. tit.* vel (quod idem est) creditoris creditori quisquam invitus delegari nequit. *l. nec creditoris* 6. *C. eod. tit.* An autem delegatio expressis verbis fieri debeat: Neque Arum. *dict. decis. 3. lib. 2. nu.* 36. Licet debitor mandaverit alteri ut pro se solvat, non inducitur delegatio, nisi fiat consentiente creditore. Arum. *decis. 3. lib. 2. nu.* 10. Duo igitur hic requiruntur. 1. ut qui datur volens debitor fiat. 2. ut creditor volens volentem admittat Arum. *d. decis. nu.* 36. & *n.* 62. Si Titius per aliquot Annos usuras à Sejo accepit tuncque datis apochis, liberaverit an delegatio inducta censeatur, & hoc modo principalis debitor liberetur Affir. Arum. *decis. 3. lib. 2. n.* 54.

99 Novare autem possunt personæ omnes, quæ liberam suorum bonorum administrationem habent; aliæ verò non, nisi meliorem suam, conditionem fecerint.

l. 3. l. novare 20. *ff. de novationib.* Cujac. *in lib.* 72. *Pauli ad edict. pag.* 164. *col. 2. in fine & pag. seq.* Ex reis stipulandi unus rectè novare potest, *l. si rem* 31. *§. si duo. ff. de novat.* Sed obstare videtur *l. si unus* 27. *in pr. ff. de pact.*

100 Obligatio quæ novatur civilis sit, vel naturalis; sive item consensu, re, verbis, aut literis contracta sit; ut & obligatio in quam fit novatio civilis sit, vel naturalis tantùm, nihil refert. Vnde licèt creditor stipuletur à pupillo sine ejus tutore autore, quod alius debet, jure fit novatio. [a] Non autem si à servo stipulatus fuerit [b] [illegible].

l. 1. in prine. & §. 1. ff. de novat. & §. præterea. Inst. quibus modis toll. oblig. [b] *d. §. præterea, vers. non idem juris est. Inst. d. t.* vide Cujac. *lib. 8. obs. cap.* 11.

101 Modus novandi obligationem continetur tum stipulatione, per quam fit novatio, ut & delegatio; ut cùm creditor vel ab eodem debitore, vel à quodam alio volente stipulatur sibi rem debitam dari, vel quid fieri: [a] tùm causæ sive qualitatis ipsius obligationis mutatione; veluti cum conditio, aut dies, aut fidejussor adjicitur, vel detrahitur: [b] tùm expressa prioris obligationis remissione; quippè cum non aliter novatio obligationis fiat, nisi specialiter novantes remiserint priorem obligationé, & hoc expresserint,

quod

quod secundum, magis pro anteriore elegerint; alioqui enim duæ obligationes erunt. [c]

[a] *l.2. l. delegare* 11. *§.1. ff. de novat. l. 1. ibi, nisi consentiente & stipulanti promittente debitore. & l.2. ibi, delegatione personæ rite factâ. C. d. tit. §. præterea. Instit. quibus modis toll. oblig.* Cujac. *in lib.* 24 *quæst. Pauli, pag.* 304. *& in paratit. Cod. de novat.* Donell. *ad tit. eundem. in princ. num.* 2. *& lib.* 16. *commentar. cap.* 20. *pag.* 717. *lin.* 40. *& seq.* [b] *d. §. præterea. Vers. sed & si eadem persona. Instit. quibus modis toll. oblig. l.* 5. *l. quotiens* 14. *l. novatio* 24. *ff. de novat.* [c] *d. §. præterea. Vers. sed cum hoc quidem, Inst. quibus modis toll. oblig. l. ultim. C. de novat. l.* 2. *l. si stipulatio* 6. *in princ. l. si Stichum* 8. *§.* 1. *l. fundum* 28. *l. si rem* 31. *§.* 1. *ff. dict. tit. l.* 2. *in fin. ibi, voluntate novationis, C. eodem tit. & l. qui usumfructum* 58. *Vers. nisi in omnibus*: ubi vide Cujac. *ff. de Verb. oblig. in.* Cujac. *in lib.* 25. *quæst. Pauli pag.* 304. *Vide item* Balduin. *in Justiniano, pag.* 166. Donell. *lib.* 16. *comment. cap.* 20. *pag.* 724. *Vers. Tertium superest, & ad t. C. de novat. in princ. nu.* 4.

Non ergo ferenda opinio eorum, qui existimant, quod satis expressè facta dicatur novatio, si ea ex conjecturis appareat. 102

Ita senserunt Afflict. *decis.* 44. *nu.* 15. Alex. *consil.* 10. *col. ult. Vol.* 2. Corn. *cons.* 93. *num.* 14. *lib.* 2. Menoch. *cons.* 235. *nu.* 49. *tom.* 3. Sed refutantur textu, *d. l. ult. C. de novat. & d. §. præterea, Vers. sed cùm hoc quidem. Inst. quib. mod. toll. oblig.* vide Arum. *decis.* 3. *lib.* 2. *nu.* 20. *&* 21. Dn. D. Knipschilt. *in exercit. de contract.* 13. *quæst.* 11. *prope fin. pag. m.* 468. Mascard. *de probat. Vol.* 2. *conclus.* 1111. *nu.* 18. *& seq.* Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 134. *nu.* 36. Gail. 2. *Obser.* 30.

Vis & effectus voluntariæ novationis legitimæ factæ est, quod ipso jure priorem obligationem tollit, & novam constituit: [a] proindeque per eam hypothecæ, & pignora liberantur, & usuræ currere desinunt: [b] fidejussores item & mandatores liberantur. [c] Pœna quoque, quam præstari convenerat, si ad diem pecunia non solveretur, non committitur facta hac novatione. [d] Denique privilegium exigendi, quod habuit creditor, hac novatione perit. [e] 103

[a] *d. l.* 1. *ff. de novat. l. inter* 26. *§. abesse. ff. mandat.* [b] *l. novatione* 18. *& l. emptor* 17. *ff. de novation. l. solutum, in princ. ff. de pign. act.* [c] *l.* 4. *C. de fidejussor.* [d] *l. si creditor.* 15. *ff. de novat.* [e] *l. aliam. ff. d. tit.*

Necessaria porrò novatio est, quæ per litis contestationem creditori cum debitore ipso interpositam contingit. 104

l. delegare 11. *§.* 1. *& l. aliam* 29. *ff. de novat.*

Hæc novatio multùm differt à voluntaria novatione. Hac enim non liberantur hypothecæ, pignora, fidejussores, mandatores: [a] neque usurarum cursus impeditur: [b] neque stipulatio pœnalis perimitur: [c] neque privilegium exigendi, quod habuit creditor, perit. [d] 105

[a] *l. pen. & ultim. C. de fidejuss.* [b] *l. lite* 23. *ff. de usur. l.* 1. *C. de judic.* [c] *l. cum stipulanti* 90. *ff. de Verb. oblig.* [d] *d. l. aliam* 28. *ff. de novat. & l. quæsitum* 27. *§. ult. ff. de reb. author. jud. poss.* De tota hac conclusione vide quoque Cujac. *in lib.* 3. *Responsor. Papiniani, pag.* 137. *& in lib.* 24. *quæst. Pauli, pag.* 304. Tum etiam Donell. *ad Rub. C. de novat. num.* 10. *& lib.* 16. *comment. cap.* 20. *pag.* 728. *& seqq.*

ACCEPTILATIO est conventio, [a] quâ creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à promissore, an quod ita debetur, acceptum habeat, faciat, ferat, respondet se acceptum habere, facere, ferre, liberandi ejus causa. [b] 106

[a] *l. 1. §. conventionis, ff. de pact.* [b] *l. 1. l. sine* 7. *& l. an inutiles* 8. *§. acceptum. ff. de acceptilatione. §.*

ne. §. item per acceptilationem. Inst. quib. mod. toll. oblig. Donell. *lib.* 16. *comment. cap.* 21. *in pr. Vers. Acceptilatio est.* Zanger. *de except. part.* 3. *cap.* 7.

107 In acceptilatione inspicimus tùm personas, per quas conficitur acceptilatio; tùm obligationem, quę per acceptilationem tolli potest; tùm acceptilationis formam; tùm denique vim & effectum acceptilationis.

Christin. *Vol.* 4. *decis.* 182.

108 Personæ, per quas confici acceptilatio potest, sunt creditor & debitor. Horum nomine alii non possunt; veluti tutor, curator, procurator, nisi priùs domini obligationem novent. [a] Et ne servus quidem jussu domini acceptum facere potest, quod domino debetur. [b] Accepto tamen liberare dominum suum potest. [c]

[a] *l. per jurisjurandum* 13. *§. tutor.* 10. *ff. de acceptilat.* Facit *l. nemo alieno nomine, junct. l. actus legitimi* 77. *ff. de R. I.* vide Donell. *lib.* 16. *comment. c.* 21. *pag.* 733. *& seqq.* Obstare videtur quo ad procuratorem, *l.* 3. *ff. de acceptilat.* vide Cujac. *lib.* 15. *observ. cap.* 16. Donell. *d. cap.* 21. *pag.* 735. *Vers. quod in creditoribus.* Et dissentientem Hotoman. *lib. quæst. Illustr. cap.* 34. *& lib.* 2. *amicabil. respons. cap.* 30. [b] *leg. pen. ff. de accept.* Donell. *d. cap.* 21. *pag.* 734. *lin.* 43. *& seqq.* [c] *l. an inutilis* 8. *§. accepto liberare. ff. de acceptilat.*

109 Ea tantùm obligatio per acceptilationem tolli potest, quæ verbis est cõtracta. [a] Vt autem & reliquæ obligationes eodem modo perimi possint, Aquiliana efficitur stipulatione; veluti si priùs, quod ex alia debetur causa, in stipulationem deducatur, & deinde per acceptilationem tollatur. [b]

[a] *§. item per acceptilationem. Vers. quo genere, Inst. quibus mod. toll. oblig. l. an inutilis* 8. *§. acceptum fieri, l. accepto* 19. *ff. de acceptilat. l. nihil tam naturale. & l. omnia quæ jure, ff. de R. I.* [b] *d. §. item per acceptilationem, Vers. sed & id. & Vers. est autem prodita, Inst. quibus mod. toll. oblig. l. ult. C. de acceptilat. l. & uno* 18. *§.* 1. *ff. d. t. l.* 4. *& l.* 5. *ff. de transact.*

110 Et uno, & pluribus, vel certis, vel incertis; vel quibusdam, exceptis cæteris; & omnibus ex causis una acceptilatio, & liberatio fieri potest. [a] Quin etiam pro parte debiti rectè acceptilatio fieri potest; [b] Modò debitum sit dividuum, & pars quæ in acceptilationem deducitur, verè sit pars totius. [c]

[a] *d. l. & uno* 18. *in princ. ff. de acceptilat.* [b] *§. item per acceptilationem, Vers. sed & id. Instit. quib. mod. toll. oblig. l. pars* 8. *& l. seq. & l. qui hominem* 17. *ff. de acceptilat.* [c] *l. Et per* 13. *§.* 1. *& §.* 2. *ff. d. tit.*

111 Et quod in diem vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli potest. Sed ita factum apparebit, si cõditio stipulationis extiterit, vel dies venerit.

l. quod in diem 12. *l. si sub conditione* 21. *ff. d. t.*

112 Forma acceptilationis continetur, tùm interrogatione debitoris, & responsione creditoris, de accepto ferendo debito; [a] tùm hoc ipso etiam, quod acceptilatio putè, non in diem, non item nominatim sub conditione fieri debet: [b] tùm etiam in eo consistit, quod acceptilationem cum obligatione consonare oportet.

[a] *d. §. item per acceptilationem, Inst. quib. mod. toll. oblig. l.* 1. *l. pluribus* 7. *l. pars* 9. *l. si is. qui* 15. *ff. de acceptilat.* [b] *d. l. actus legitimi* 77. *ff. de Reg. Jur. l.* 4. *l.* 5. *ff. de acceptilat.* [c] *l. nisi consensit* 14. *junct. l. & per jusjurandum* 13. *§.* 1. *& seqq. ff. d. tit.*

113 Etti verò inutilis est stipulatio, utile tamen pactum continet, & ejus vim habet.

l. an inutilis 8. *in prin. ff. de acceptilat.* vide Donell. *lib.* 16. *Comment. cap.* 21. *in fin.*

Vis &

Vis & effectus acceptilationis est, liberatio ab obligatione, quę ipso jure contingit. [a] Et si ex pluribus reis stipulandi unus acceptum fecit, liberatio contingit in solidum. [b] Si item ex pluribus obligatis uni acceptò feratur, non ipse solus liberatur, sed & hi, qui secum obligantur. [c] 114

[a] *l. si accepto 19. §. 1. ff. de acceptilat. l. 2. & l. 3. C. eod. tit.* [b] *l. & per 13. §. ult. ff. d. t.* [c] *l. si ex pluribus 16. ff. de accept.*

EX MODIS, QVIBVS OBLIGATIO ipso jure dissolvitur, interce- 115
dente facto eorum, ad quos obligatio pertinet, reliquum est delictum creditoris, pecuniam aut rem sibi debitam auferentis. Placet enim & hunc jus crediti eo facto amittere, quod non aliter fit, quàm debitore liberato.

l. ex stat. 13. ff. quod metu caus. & l. pen. ff. ad l. Iul. de vi priv. & l. si quis in tantam 7. C. unde vi Donell. *lib. 16. comment. cap. 9. in princ.*

HACTENVS DE MODIS, quibus ipso jure obligatio dissolvitur: 116
Dispiciemus nunc de his, quibus debitori contingit liberatio ope exceptionis. Horum autem genera duo sunt; unum complectitur eas species, ex quibus singulis ab initio, id est, eo tempore, quo obligatio constituitur, ipsa quoq; exceptio nascitur: alterum continet species, quarum quæque, post constitutam obligationem, quandam exceptionem gignit.

Primum genus producit vel conditio causæ, & negocii, quo obligatio 117
contrahitur; vel personæ, quæ obligatur, ratio & qualitas.

Vide Donell. *lib. 16. Comment. cap. 22.*

Causa illa & negocium est, quo quis vel metu coactus promisit, vel do- 118
lo deceptus, vel errore suo falsus, vel spe futuræ numerationis cavit, se pecuniam accepisse, quam non accepit, vel libertus patrono onerandæ libertatis causa stipulanti quid promisit.

Metus ille obligato præbet exceptionem, quod metus ccusa; [a] dolus, ex- 119
ceptionem doli, [b] vel remota doli mentione; exceptionem in factum; [c] Error similiter doli, vel in factum exceptionem; [d] Cauta, sed non numerata pecunia, exceptionem non numeratæ pecuniæ; [e] adversus patronum, cui stipulanti onerandæ libertatis causa libertus quid promisit, prodita est ipsi liberto, & ejus successoribus, [f] ob reverentiam patrono debitam non doli, sed duntaxat in factum exceptio temperata, ut & bonæ fidei mentio fiat. §

[a] *Instit. de except. in pr. l. 4. §. metus, ff. de dol. mal. & met. except. l. metum 9. §. sed quod Prator ff. quod met. caus.* Vide *disput. VI. thes. 37. sub hac Class. 4.* vide Dornsperger *in Syntagm. lib. 2. part. 2. c. 21. per tot.* [b] *Instit. d. de except. in prin. & tot. tit. ff. de dolo mal. & met. except. l. si quis cum alter 36. ff. de V. O.* Vide *dict. disput. thes. 60. & seq.* Dornsperger *d. lib. 2. part. 2. c. 12. d. t. Instit. de except. in pr. & l. non debet 11. in fin. l. rei. quam 33. ff. de dolo. & l. cum res 14. ff. de fide jus.* Duaren. *ad l. jurisgentium 7. §. & ideò puto, ff. de pact. pag. 70.* Cujac. *ad l. 1. ff. de dol. mal.* [c] *d. l. si quis cum alter 36. ff. de V. O. l. nihil consensui, §. ult.* ubi Petr. Fab. & alii. *ff. de R. I. l. 1. §. debitum, l. 3. §. 1. l. hactenus, l. ult. ff. de const. pecun. l. 2. §. circa, ff. de dol. mal. & met. except.* Dornsperger. *d. l. 2. part. 2. cap. 22.* [d] *§. idem juris, Instit. de except.* De hac exceptione vide *sub Class. 2. disput. XIV. thes. CII. & seqq.* [e] *l. 1. §. qua onerandæ, & §. ult. ff. quar. rer. act. non detur.* [f] *l. licet 7. ff. de obseq. parent. & patron. præst. & l. non debet, in fine, ff. de dolo.*

Ratione personæ, quæ obligatur, comparata est exceptio Senatusconsulti 120

sulti Macedoniani, & Senatusconsulti Vellejani: Illa filiofamil. mutuatam pecuniam accipienti, [a] hæc mulieri, quæ pro filio intercedit, [b] jure prodita est.

[a] *Item si, §. quanquam l. sed si l. ramen l. pen. & tot. tit. ff. ad Senatusconsultum Macedon.* vide Dornspeiger. *disp. loc. cap. 38. §. Illud. Inst. quod cum eo, qui in alien. potest. l. qui exceptionem, ff. de condict. indebit. l. dolo. ff. de noxal. act.* [b] *tot. tit. ff. ad Senatusconsultum Vellian.* vide Dornspeiger *cap. 39. De hac exceptione vide sub classe 2. disput. act. XVII.*

121 Alterum genus modorum, quibus ope exceptionis obligatio perimitur, quatuor continet species; ut sunt remissio debiti, jusiurandum, res judicata & præscriptio.

122 Remissio illa aut pacto jurisgentium fit, aut ultima voluntate: Illa exceptionem pacti parit; [a] hæc doli exceptionem producit. [b]

[a] *l. jurisgentium 7. §. ait Prator. & §. sed cum nulla. ff. de pact. l. in bonæ fidei. 14. C. de act. §. Præterea, Instit. de except.* [b] *l. 3. §. nunc de effectu, junct. §. 2. ff. de liberat. legat. Facit l. si quis cum alter 36. vers. idem est, ff. de verbor. oblig.*

123 Ex jurejurando exceptio est debitori, si deferente nihil se dare oportere juraverit.

l. 3. l. nam post aquam 9. in princ. & §. 1. l. in duobus 28. §. exceptio juris jurandi. ff. de jurejurand. §. Atque si debitor, Instit. de except. l. Sechum 95. §. naturales. ff. de solut. Sed nunquid jusiurandum ipso jure liberat debitorem? *Vid. d. l. nam post aquam 9. in pr. Sed denegatur actio. & l. in duobus 28. §. si 21. quæ debitorem, ff. de jurejurand.*

124 Ope etiam exceptionis sublata obligatio dicitur, si pacto facta sit transactio.

Vide supra disputat. 20. thes. 21. classe 2.

125 Res judicata exceptionem adfert debitori, si judicio conventus, per sententiam absolutus fuerit.

§. Item si in judicio, Inst. de exceptionib. l. Julianus 60. in prin. ff. de condict. indebit. l. servo 65. §. cum Prator, ff. ad Senatusconsult. Trebell.

126 Præscriptio item debitori exceptionem ad perimendam actionem perpetuam præbet, si jure completa fuerit.

l. sicut l. omnes & tot. tit. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. junct. l. obligationum 44. §. §. 1. vers. placet etiam, ff. de oblig. & act. l. nemo 55. ff. de legat. 1. Sed de præscriptione, *ejusque speciebus agemus sub seq. Classe V.*

Class. IV. Disputatio XX.

De Usuris.

Thesis I.

CVm solutionis, de qua disputatione proxima, tardioris nomine, etiam ad usuras debitæ quantitatis præstandas creditori debitor teneatur, juvat seorsim ius nostrum de Vsuris indagare.

2 Vsura est accessio [a] debitæ quantitatis, [b] ob hujus usum [c] creditori à debitore præstanda Ita ab usu dicta. [d]

[a] *l. frumenti 11. C. de Usuris, & Rubr. ff. de Usur.* ubi Duaren. *cap. 1. in pr.* & Cujac. *in paratit.* & Johan.

& Iohan. Borcholt. *in commentar. de Vsur. cap. 1. nu. 24. & seq.* [b] Est enim usura numorum, *l. 2. & l. 3. C. de Vsur. & l. 1. §. 1. & passim, ff. eod. tit.* Est item frumenti & hordei debiti, *d. l. frumenti 11. C. d. tit.* Tùm etiam olei, aliorumq; fructuum mutuo datorum, *l. oleo 23. C. h. t.* Quæ res omnes numero, pondere, mensurave constantes, quantitatis appellatione continentur, *l. si in cui 94. §. 1. ff. de solut. l. 1. §. Et omne, ff. ad leg. Falcid. l. 2. §. sub. junct. l. idèo, ff. de eo, quod certo loco, l. ambitiosa 4. §. 1. ff. de decret. ab ord. fac. l. un. C. de plus petit.* Molinæ. *in parte Labyrinthi. de disord. & indisord. stipulat.* Vnde usura corporis sive speciei non est, cùm corpori, sive speciei, quantitas opponatur, *d. l. 1. §. Et omne, ff. ad leg. Falcid. l. pl. me 34. §. sed si non corpus, ff. de legat. 1. l. si is, cui, §. 1. ff. de solut.* sed obstare videtur *l. pro auro 25. C. de Vsur. & l. 3. §. ult. & l. cùm quidam 17. §. ult. ff. eod. tit.* Vide Ioan. Borcholt. *dict. cap. 1. nu. 27. & seqq.* [c] *l. deducta 58. §. cum autem, ff. ad SCtum Trebell. l. socium 60. in princ. ff. pro socio. l. Tutor qui repertorium 7. §. pecuniæ, ff. de administr. tut.* Duar. *ad tit. de Vsur. pag. 1333. col. 1. in fin.* Donell. *Tract. de Vsur. cap. 1. in princ.* [d] Varro *lib. 4. de ling. latin.* Azo, *in summa Cod. de Vsur.* & Donell. *dict. loc.* Iohan. Borcholt. *dict. cap. 1. num. 21.*

Circa usuram autem quadruplex inspectio incurrit: Vna, an homo Christianus bona, & illæsa conscientia Vsuras accipere possit: Altera, quæ species sint Vsuræ: Tertia, quæ sint Vsurarum causæ, ex quibus Vsuræ debentur, quis item modus & quantitas usurarum legitima, & an Iudæi eum modum in exigendis à Christiano homine Vsuris excedere possint: Quarta, quo Iuris remedio Vsuræ debitæ petantur. 3

Quod primam attinet inspectionem, mordentes Vsuras illicitè Christianum hominem exigere asserimus. Mordentes autem Vsuras consideramus tam ex parte debitoris, quam ex creditoris parte. Ratione debitoris mordentes sunt Vsuræ, si is pauper sit, & inops, ut ob suam egestatem Vsuras præstare nequeat. [a] Creditoris intuitu Vsuræ dicuntur mordentes, cùm is plus justo, & cum debitoris, licèt divitis, damno, Vsurarum nomine accipit. [b] 4

[a] *Exod. 22. Vers. si pecuniam mutuam. Levit. 25. Vers. si attenuatus fuerit frater tuus, & Vers. seqq. Deut. cap. 15. Vers. si unus de fratribus, & Vers. seqq. cap. 23. Vers. Non fœnerabis, cap. 24. Vers. cum repetes a proximo, & Vers. seq. Psalm. 14. Vers. ult. Ecclesiastici cap. 7. Vers. Datum brachiorum, & cap. 29. Vers. perde pecuniam, & Vers. seqq. Proverb. c. 19. Vers. Fœnerator, Luce 6. Vers. si mutuum dederitis, & Vers. seqq. Can. 1. & seq. quæst. 3. caus. 14.* D. Iacob. Andr. Jn der Abfertigung deß Gegenberichts/ der zu Regenspurg geurlaubten Prediger/ *pag. 5. 65. 85. & in concione 1. de Vsuris.* [b] *Ezechiel. cap. 18. Vers. Egenum & pauperem, & cap. 22. Vers. Munera acceperunt.* De justo Vsurarum modo infrà dicemus. Dn. D. Besold. *in elegant. Vitæ & mort. consider. cap. 1. num. 13.* An usuræ in Novo testamento speciali prohibitione sint vetitæ. Vide Martini *de censibus. capit. 1. num. 48.*

Quòd si ejusmodi mordentes Vsuræ non fuerint, bona conscientia, & licitè accipi etiam à Christiano homine possunt. 5

Exod. cap. 22. & Levit. 25. dictis, Vers. & Proverb. cap. 28. Vers. Qui congregat divitias. Matth. 7. Vers. omnia ergo, Iacob. And. Jn der Abfertigung/ &c. *& passim, in concionibus de Vsur.* Molinæ. *Tract. de Vsur. in princ. num. 9. 10. & seqq. & quæst. 2. num. 70. & seqq. & quæstion. 74. nu. 515. & seqq.* Donell. *de Vsur. cap. 1. num 5.* adde Borcholt. *de usur. capit. 1.*

Et non modò in alijs contractibus, sed & in mutuo id fieri posse etiam Molinæus existimat: [a] quæ sententia toleranda videtur, [b] si creditor hac in re non egerit contra regulam à Christo præscriptam. *Quicquid vultis, ut vo-* 6

ita faciant alij, idem vos etiam eis facite. [c] Neque contra hoc D. Pauli monitum: *Ne quis suum fratrem in negotiis circumveniat, aut circumscribat:* [d] sed se suosq; indemnes servare cupiens proximum juvet. [e]

[a] *dict. tract. de usur. an princ. num.* 9. 10. 11. & 15. [b] Vide Iacob. Andr. *in concion.* 1. *de usur. pag.* 24. & dissentientem Imp. Basilium apud Harmenopol. *lib.* 3. *Epitom. jur. tit.* 7. *de usur.* & Imp. Leonem *in Novell.* 83. & Iohan. Borcholt. *tract. de usur. cap.* 1. *num.* 4. [c] *Matth.* 7. *Vers.* 13. [d] 1. *Thes.* 4. *Vers.* 6. [e] 2. *Corinth.* 8. *Vers.* 13. & 14. *Eccles. cap.* 29. *Vers. Recupera proximum.*

7 Sed an juri naturali repugnet usurarum exactio, quæritur? Nos de non mordentibus usuris id negamus.

Nam sine alterius injuria propriæ utilitati servire, concessum est: nec repugnat naturæ, ut Cicero sensit, & patet *ex* 2. *Corinth.* 8. *Vers.* 13. & *Eccles. dict. c.* 29. *Vers. Recupera proximum.* Vide Donell. *de usur. cap.* 2. Iohan. Borch. *de usur. cap.* 1. *num.* 6. & *seqq.*

8 Canonica sanctione usuras prohiberi Molinæus negat: [a] & verè negat, si Canones (id quod videtur) Usurarum exactionem damnantes, [b] de mordentibus tantùm usuris loquuntur.

[a] *Tract. de usur. quæst.* 74. *num.* 115. [b] *c.* 1. 2. 3. 5. *c. Tua nos, v. consuluit, & tot. tit. extra de usuris, c.* 1. & *c.* 2. *eod tit. in* 6. *can. Quoniam multi, 47. distinct. & can. Quoniam, & c. in seqq.* 14. *quæst.* 4.

9 Iure civili Iustinianeo usuras improbari imprudenter quidam scribunt.

Siquidem manifestè contrarium *arguat tot. tit. ff. & Cod. de usur. Novell.* 32. 72. 121. 136. 138. 160. Donell. *de usur. cap.* 2. Iohan. Borcholt. *de usur. cap.* 1. *num.* 6. & *seqq.* Petrus Rovizius *decis. Lituanicar. de cis.* 5. *num.* 2. Cæ vallos. *quæstion.* 555.

10 Quid verò, nunquid novissimis Imperij placitis [a] usuræ damnatæ sunt? Non putamus, [b] nisi mordentes usuræ fuerint.

[a] Reichs Abschied *de Anno* 1500. von wucherlichen Contracten/ & *de Anno* 1538. *tit. eod. tùm etiam de Anno* 1548. *eod. tit.* Vide *sub Tomo* 2. *Symphoremat. supplicat. & Gotor. Camerat. part.* 2. *Gor.* 26. *pag.* 106. Coler. *de Process. execut. part.* 1. *cap.* 10. *nu.* 83. Wittenbergische vnd Leipzische *Scabinatus* vnd Juristen Facultäten/ lassen *in mutuo usurae* zu *quinque pro centum* den Kauffleuten/ vnd andern/ die sonsten nichts gewinnen/ damit Sie jhr Substantz nicht allerdings verzehren/ vnd hernacher betteln müssen. [b] Non enim in universum, & generaliter damnant Usuras omnes, sed eas tantùm, quæ debitori graves sunt & onerosæ, proindeque per se impiæ. Quicquid autem nova lege specialiter definitum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum censeri debet, *l. præcipimus* 32. *§. ult. C. de appellat. & cap.* 1. *tit. de constitut. in* 6. Iure Wirtembergico non nisi propter moram peti usuræ possunt ex mutuo, & quidem quinque procentum, Fürstl. Würtemb. New Landrecht/ *part.* 2. *Tit.* 1. *cap.* Ob von geliehenem Gelt oder Gut ein Genüß empfangen werden möge.

11 Usuræ species duæ sunt: Una, generis nomen retinet, & Usura dicitur: Altera, fœnus appellatur.

Rubr. ff. & Cod. de Usur. & Rubric. ff. & Cod. de Nautic. fœnor. Cujac. *in paratit. ff. dict. tit.* Hottoman. *de usur. pag.* 2. & 3. Iohan. Borcholt. *de usur. cap.* 2. *num.* 1.

Usura est accessio quantitatis ex quacunque causa [a] debitæ, ob moram debitoris non solventis debitum, præstanda. [b]

12 [a] Veluti mutuo, *l. lecta* 40. *ff. de reb. credit.* Borcholt. *tract. de Usur. cap.* 2. *num.* 6. Emptione venditione, *l.* 5. *l. fructus* 13. *C. de act. empt. & Vendit. l.* 15. *§.* Venium *ff. eod. tit. l. ultim. ff. de pr. & commod. res Vendi.* Locatione conduct. *l. cum quidam* 17. *§. ex locato ff. de Usur.* cæteræque bonæ fidei contractibus, *l. mora* 32. *§. In bonæ fidei, ff. d. tit.* Veluti societate. *l. socium* 60. *in princ. ff. pro socio.* Item depositi, *l.* 2. *C. depositi.* Et quasi contractibus bonæ fidei, *l. Usuræ* 34. *ff. de usur. & l. Titia* 87. *§. Usuras, ff. de legat.* 2. [b] *l. cum quidam* 17. *§. si pupillo, in fine, ff. de Usur.*

Cujac.

Cujac. *in paratit. cod. tit. de Vsur. & add. l. lecta* 40. *ff. de reb. credit. col.* 2. Iohan. Borcholt. *Tract. de Vsur. cap.* 2. *num.* 7.

Fœnus est accessio quantitatis mutuò datæ, à tempore contractus ex conventione in lucrum creditoris debita. 13

Cujac. *in paratit. Cod. de Vsur. & add. l. lecta* 40. *ff. de reb. credit. col.* 2. Duaren. *ad tit. de Vsur. cap.* 1. Hottoman. *de Vsur. pag.* 7. Iohan. Borch. *de Vsuris, cap.* 2. *num.* 4.

Idque nauticum est, vel terrenum: Nauticum fœnus est, quod ex nautica 14
sive trajectitia pecunia, vel ea, quæ huic similis est debetur. [a] Eadem & maritimum fœnus dicitur. [b]

[a] Iohan. Borcholt. *de Vsur. cap.* 2. *nu.* 11. *& in commentar. de Nautico fœnore,* [b] *l. Fœneratum* 6. *in princ. ff. de Naut. fœnor.*

Trajectitia sive nautica pecunia est, quæ creditoris periculo transmare 15
vehitur, sive eadem, sive merces ea comparatæ, reportentur, [a] hoc pacto mutuò data, ut salva nave, cum fœnore reddatur: naufragio autem facto, & sors & spes lucri creditori pereat. [b]

[a] *l.* 1. ubi Gothofred. *ff. de Naut. fœnor.* Hottoman. *de Vsur. pag.* 104. Donell. *de Vsur. pag.* 32. *num.* 5. *& ad l. Qui Roma* 122. *§.* 1. *ff. de Verb. sig.* [b] *l.* 1. *l.* 3. *C. de Naut. fœn.* Hottoman. *de Vsur. pag.* 102. & Duaren. *de naut. fœn. c.* 1. Singularia hujus fœnoris vide apud Cujac. *in lib.* 3. *respons. Papin. pag.* 124. *& seq. & in lib.* 25. *quæstionum Pauli, pag.* 308. *& seq.*

Nauticum fœnus est, vel propriè nauticum, vel quasi nauticum: Illud 16
est mutuæ pecuniæ, quæ transmare vehitur periculo creditoris: Hæc verò, est pecuniæ mutuæ, quæ non navigat, periculo tamen creditoris est.

l. 1. *l.* 2. *l.* 4. *l.* 5. *ff. de naut. fœn.* Iohan. Sichard. *ad tit. C. de naut. fœn. num.* 3. Molinæ. *De Vsur. quæst.* 3. *num.* 98. Donell. *ad tit. de naut. fœn. pag.* 34. Cujac. *lib.* 9. *obsery. cap.* 28. Duaren. *ad tit. de Vsur. cap.* 1. Sed vide Hottoman. *de Vsur. pag.* 108. *& lib.* 5. *obsery.* 12.

Fœnus terrenum est, quod ex alia quàm trajectitia pecunia alicui credi- 17
ta, debetur.

Cujac. *in paratit. C. de naut. fœn. &* Iohan. Borch. *de Vsur. cap.* 2. *num.* 11.

SEQVVNTVR CAVSÆ, ex quibus usuræ debentur: Vt sunt Mo- 18
ra, Pactum, & Stipulatio.

Ex mora debitoris debentur Vsuræ in bonæfidei negocijs, [a] non etiam 19
in contractibus stricti juris, [b] in tantùm, ut ne quidem ex tempore litis contestatæ præstandæ sint. [c]

[a] *l. cùm quidam* 17. *§. si pupillo, & §. seq. l. Mora* 32. *§. in bonæfidei, ff. de Vsur. l. Vsuræ, C. depositi, l. Præses* 17. *Cod. de Locato,* De moræ purgatione, vide Petr. Fabrum *lib.* 6. *conjectur. c.* 7. [b] *l.* 3. *C. de Vsur.* Cujac. *libr.* 14. *obsery. cap.* 22. Iohan. Borcholt. *de Vsur. cap.* 3. *nu.* 14. [c] quia hoc nusquam in jure nostro cautum, proinde, nec affirmandum. Vide textus *thes.* 139. *class.* 6. *Disput. de actionibus adscriptos.* Duaren. *ad tit. ff. de usur. cap.* 2. Donel. *de usur. cap.* 3. Iohan. Borcholt. *de usur. cap.* 3. *num.* 50. Arum. *de mora cap.* 8. *num.* 18. Dissentit Coras. lib. 2. *Miscel. c.* 7. Wesembec. *in paratit. ff. de usur. num.* 3. *&* Vultej. *lib.* 1. *Interpr. ad Rom. cap.* 44. *num.* 71.

Legata & fideicommissa in hac juris parte bonæ fidei negocijs similes 20
sunt, cùm & hæc usurarum præstationem ex mora admittant.

Tot. tit. Cod. de usur. & fruct. leg. seu fideicommiss. l. Tricia Scto 87. *§.* 1. *ff. de leg. st.* 2. *Paul. lib.* 3. *sentent. tit.* 8. *§. fin. ubi* Cujac. Donell. *de usur. num.* 17. & Hottoman. *ibidem pag.* 16. Iohan. Borcholt. *de usur. cap.* 3. *num.* 15. *& seqq.* Vide dissentientem Coras. *lib.* 2. *miscel. cap.* 7. *num.* 5. *& seqq.*

21 Ex pacto debentur uſuræ ſimiliter in bonæ fidei contractibus, ſi his in continenti adjectum fuerit: [a] Secus ſi ex intervallo. [b]

[a] *l.3.l.4.C.de uſur.d.l.cum quidam 17.§.ex locato,ff.de uſur.l.Lucius Titius 24.l.Publia 26.§.1 ff.depoſiti,l.qui negotia 34.§.1.ff.Mandat.l.mutuo 5.C de pact. inter empt. & vendit.l. Iurisgentium 7.§.quin imo.ff.de pact. l.in bonæfidei 10.C.d.tit.* Duar. *ad tit.de uſur.c.2.* Hotoman. *de uſur.pag.14.& ſeq.* Ioan.Borch. *de uſur.cap.3.nu.1.& ſeq.* Sed vide Donell. *de uſuris,cap.3. pag.10.* [b] *per d.l.Iurisgentium 7. & §.4. Verſ.igitur nuda,ff.de pact. l.legem 10. l.cum proponas, C.d.t.& l.3.C.de uſur.* Paul.*lib.2.ſentent.tit.14.§.1.* ubi Cujac.

22 In contractibus verò ſtricti juris ex pacto etiam in continenti adjecto uſuræ non debentur; [a] niſi frumentum, oleum, vel hordeum mutuò datum ſit, [b] vel civitas pecuniam crediderit, [c] aut argentarij, [d] vel pecunia ſit trajectitia. [e]

[a] *l.Titius 24.ff.de præſcrip.verb.l.1.l.3.C.de uſur.l.idem,* 10.*§ ſi quis Titio,ff.Mandati,* Iul. Paulus,*d.t.14.§.1.* Hotom.*lib.quæſt.Illuſt.quæſt.36.& ad tit.de uſur.pag.20.* Donell. *de uſuris cap.3.in prin.* Iohan.Borch. *de uſuris,c.3.nu.11.in fin.* Accerſe huc & alia fundamenta in diſputatione ſecunda *de pactis ad theſin 42.ſub Claſſe ſecunda adſcripta.* [b] *l.fruments 12.C.de Vſuris.* [c] *l.etiam 30.ff.d.t.* [d] *Nov.136.cap.4.* [e] *l.in quibuſdam 7.ff.de Naut.fœn.* De his exceptionibus, vide Hotoman.*de Vſur.cap.3.pag.20.* Donell.*de Vſur.cap.3.pag.10.* & Iohan. Borcholt. *de Vſur. cap.3.num.39.cum ſeqq.*

23 Ex pacto tamen promiſſæ, & ſolutæ Vſuræ repeti non poſſunt, nec in ſortem computari.

l.3.ubi Hotoman.*Gde Vſur.* Iohan.Sichard.*ad l.4.C.d.t.* Donell.*de Vſur.cap.3.num.3.* Ioh. Borcholt.*de Vſuris,cap.3.num.38.*

24 Servari quoque à creditore nudo pacto promiſſæ Vſuræ poſſunt, per retentionem pignoris, ſi quod ei datum fuerit: [a] niſi ab initio pro minoribus Vſuris obligatum ſit pignus, & poſtea debitor majores Vſuras repromiſerit. [b]

[a] *l.per retentionem 4.* ubi Sichardus *num.6.l.pignoribus 22.C.de Vſur.* Iohan.Borch. *de Vſur. c.3.num.45.& ſeqq.* [b] *d.l.per retentionem 4.* ubi Sichard.*C.d.t.* Donell.*ad l.jur.num.4. in fin.C. Etiam ob Chirographar.*

25 Et in tantum non debentur Vſuræ, nudo pacto in ſtrictis negociis promiſſæ, ut licèt multis annis ſolutæ ſint, poſtea tamen jure non exigantur.

l.ſecretis 28.C.de pactis,l.creditor 7.C.de Vſur. Iohan.Borcholt.*de Vſur.cap.3.num.ult.*

26 Sed quæritur, num uſuræ ex pacto debeantur, ſi pecunia ea lege depoſita ſit, ut tantundem reddatur? Nos affirmamus.

Molin.*de Vſur.quæſt.83.num.629.& ſeqq.* Connan.*lib.7.commentar.jur.cap.4.num.3.&* + Duar.*ad tit.de uſur.c.2.* & Weſenbec. *in Paratit.ff.depoſits.num.5.* Diſſentit Hotom. *de uſur. pag.27.& lib.4.obſer.cap.10.*

27 Stipulatione promiſſæ Vſuræ debentur, ſive bonæ fidei, ſive ſtricti juris ſit contractus, [a] modò certus ſit definitus modus, qui legitimam quantitatem non excedat. [b]

[a] *l.1.l.3.C.de uſur.l.Titius 24.ff.de præſcript. verb.l. Caius 11. & l.ſeq.ff. de uſur.* Ioan. Borcholt.*tract.de uſur.cap.3.num.35.* [b] *l.quod in ſtipulatione 31.l.Tutor.41.§.ult.ff.de uſur.* Donell. *de uſur.cap.3.*

28 At nunquid his Vſurarum cauſis mora ſcilicet, pacto, & ſtipulatione adjungi quoque debeat longa Vſuræ præſtatio, non incommodè hoc loco quæri

quæri potest? Existimamus autem ex longa isthac præstatione præsumptionem nasci debitarum Usurarum, cui præsumptioni standum, donec contrarium doceatur.

Nemo enim præsumitur solvere, quod non debet, nec suum jactare. *l.1. C. de fideicommiss. l. cum de in rem verso 6. ff. de usur. l. lectibus* 10. *Cod. de agricol. & censit. lib.* 11. *l. quos semisses* 13. *in princ. ff. de usur. l. adversus* 5. *& l. quamvis* 8. *C. d. t.* Alciat. *de præsumpt. reg.* 2. *præsumpt.* 21. *& reg.* 3. *præsumpt.* 21. Francisc. Balb. *de præscript. part.* 2. *tertiæ partis, princ. quæst.* 10. *num.* 5. Iohan. Borch. *de usur. cap.* 3. *num.* 56.

Modus autem usurarum, alius est Iustinianeo jure; alius jure Imperij novissimo. Iure Iustinianeo, viri Illustres, & qui eos præcedunt, tertiam partem centesimæ Usuræ, id est, quatuor in centum accipiunt: Qui ergasteriis præsunt, id est, argentarij, itemque negociatores bessem centesimæ, id est, octo in centum capiunt. Reliqui omnes dimidiam centesimæ, id est, sex in centum. 29

l. eos 26. *§.* 1. *C. de Usur.* vide Ioh. Borcholt. *de usur. cap.* 4. *num.* 17. *& seqq. & nu.* 25. *in fin.* & Donell. *de usur. cap.* 4. *pag.* 24.

Quibusdam tamen casibus, Iustiniani lege centesima Usura locum habet; veluti in trajectitiis contractibus: & specierum fœnori dationibus. [a] Item eum, qui aliena negotia administrat, & pecuniam ejus, cujus negotiis præest, in suos usus clàm convertit. [b] & qui condemnatus post tempora judicati non solvit. 30

[a] *d. l. eos* 26. *§. in trajectitiis. C. de usur.* Cujac. *lib.* 3. *obser. c.* 35. *& ad Nov.* 33. [b] *l. qui sine* 38. *§. sed quæ usuras. ff. de negot.* [c] *l.* 1. *l.* 2. *& l.* 3. *C. de usur. verisimile.*

Centesima Usura est, cùm annuatim duodecim in centum præstantur. 31

Theophilus in §. plus autem Inst. de action. Constantin. Harmenop. *lib.* 3. *Epitom. tit.* 7. *de usur. Novell.* 130. *Novell.* 32. Donell. *de usur. cap.* 4. Ioan. Borch. *de usur. cap.* 4. *nu.* 4.

Quòd si pro Usura habitatio creditori concedatur, legitimum modum excedere potest; [a] ut & cùm creditor antichresin expressàm accipit. [b] 32

[a] *l. sic a* 14. *C. de usur.* Donell. *c.* 4. *pag.* 24. [b] *l. ex prædiis* 11. *C. de usur.* quam legem etiam Franciscus Balduinus *in Institutionibus suis, pag.* 87. *& seq.* de antichresi interpretatur. *l. si in qui* 11. *§.* 1. *ff. de pign. & hypothec.* Harmenop. *lib.* 3. *tit.* 5. Vide omnino Rauchbar. *lib.* 1. *quæst.* 20. Cujac. *lib.* 3. *obser. c. cap.* 35. *& lib.* 8. *obser.* 17. Mynsing. *cent.* 6. *obser.* 71. *num.* 2. Iohan. Borcholt. *de usur. cap.* 6. *num.* 5.

Ecclesia autem creditoribus suis quadrantes tantùm Usuras, non majores solvit. 33

Novell. 7. *& ibi Cujac.*

Agricolæ, quibus aridi fructus dati sunt mutui, octavam tantùm modii, pro uno modio, usurarum nomine solvunt: [a] sin pecunia eis credita sit, pro solido annuam siliquam, id est, usuram trientem præstant: [b] Qui plùs ab illis stipulatus fuerit, creditum amittit, quod agricolis relinquitur. [c] 34

[a] *Novell.* 32. *& 2. seqq. Auth. adhæc C. de usuris.* [b] *Novell.* 130. Cujac. *lib.* 3. *obs. cap.* 15. [c] *Nov.* 32. *in fin. Novell.* 54. *in fin.* Ioh. Borch. *de usur. cap.* 5. *in fin.*

Qui aliquandiu certis annis, Usuras quincunces accepit, cùm bessis stipulatus esset, postea has majores exigere non potest, exceptione taciti pacti reo jam tuto. 35

l. ad Versus 5. *& ibi*, Hotoman. *l. quamvis* 8. *C. de usuris l. qui semisses* 15. *in prine. ff. d. t.* Donell. *de usur. cap.* 5. *pag.* 30. Ioh. Borch. *cap.* 4. *num.* 29. Id tamen ad reditus annuos porrigendum non est, Borch. *d. cap.* 4. *num.* 31. *& seq.*

36 Est & illud hic monendum, quod Vsuræ Vsurarum non præstantur, etiamsi in sortem redactæ fuerint.

l. ut nullo 28. ubi Hotoman. *C. de usur. l. si non sortem* 26. *§.* 1. *ff. de condict. indebit. l. improbum* 20. *C. ex quib. causis infam. irrogetur*, Ioan. Borcholt. *de usur. cap.* 5. *num.* 9. *& seqq.* Vide Berlich. *part.* 2. *conclus.* 38. *num.* 33. *&* 37. Neque ultra duplum debentur. *l. si non sortem. §.* 1. *ff. de condict. indeb. l.* 4. *§. pro operis ff. de nautic. fœnor.* Thesis hæc intelligenda est de usuris nondum solutis. *l. qui negotium.* 58. *§.* 1. *ff. de administr. & pericul. tutor.* Signorol. de Homode. & alij quos allegat Cothman. *Vol.* 4. *respons.* 41. *num.* 13. Secus est in Annuo reditu. Vid. Dn. D. Besold. *diss. p.* 2. *ad Ius Municipal. Wirtenb. thes.* 4. *ubi est.*

37 Novissimo Imperij jure hic Vsurarum modus est, ut Vsuræ quincunces, id est, quinque duntaxat in centum annuatim solvantur: qui modus annui reditus emptioni & venditioni maximè definitus est: proindeq; multò magis cæteris usuris.

Reichs Abschied *de anno* 1530. *tit* Von Wucherlichen Contracten *p.* 232. *&* *de an.* 1548. *cod. tit. p.* 6. *fac.* 2. *Vers.* Vnd nach dem. *de annuis reditibus emendis, vendendis*, Deputations Abschied *de anno* 1577. vide Andr. Gail. *lib.* 2. *observ. pract. obs.* 7. 8.

38 Quòd si de pœna quæras usurariorum, qui legitimum usurarum modum excesserunt, jure Iustinianeo, nullam de superfluo actionem habent, [a] & quòd plus acceperunt, in sortem imputare, & restituere jubentur: [b] præterea etiam infamiâ notantur. [c] Et extra ordinem quandoque puniuntur. [d]

[a] *l. pecunia* 9. *l. usuras* 20. *l. placuit* 29. *ff. de usur. l. cùm allegas* 15. *l. constitutionibus* 20. *ff. d. tit.* [b] *d. l. eos* 26. *§.* 1. *Vers. si quis autem. C. d. tit. l. solutum* 11. *§.* 3. *ff. de pign. action. l.* 3. *§. fin. ff. de an. legat. l. si non sortem* 26. *in pr. ff. de condict. indebit. l. creditor* 102. *§. ult. ff. de solution.* [c] *l. Improbum* 20. *C. ex quib. caus. infam. irrog.* [d] Didac. Covarr. *lib.* 2. *variar. resolut. cap.* 3. *num.* 2. Clar. *in §. usura, Vers. Et ex hoc*, Menoch. *de arbitr. Iud. lib.* 2. *cent.* 4. *casu* 398. Molinæ. *de usur. quæst.* 10. *num.* 156. Borcholt. *de usuris, cap.* 5. *num.* 9.

39 Iure item Imperij novissimo, non modò ipso jure nulla est promissio usuraria, sed & quartam partem sortis amittit usurarius, quæ magistratui ordinario cedit.

Reichs Abschied *de anno* 1500. *tit.* Von Wucherlichen Contracten *pag.* 61. *fac.* 1. *&* *de anno* 1530. *tit. cod. pag.* 231. *& seq. &* *de anno* 1548. *d. tit. pag.* 60. Vide Andr. Gail. *lib.* 2. *observ. pract. observ.* 4. *&* 5. Similiter & olim in quadruplum mulctabantur, qui legitimum usurarum modum excessisse probabantur. *l.* 2. *C. Theodosiano de usur. pag.* 56. & Iohan. Borch. *de usur. c.* 5. *nu.* 1.

40 Quod attinet quæstionem de Iudæis, num hi licitè modum usurarum ex principis permissu excedere possint? Ex novissimis Imperij constitutionibus intrepidè negamus.

Reichs Abschied *de anno* 1550. *tit.* von Wucherlichen Contracten *pag.* 61. *&* *de anno* 1530. *tit.* Von Juden und ihrem Wucher *pag.* 232. *&* *de anno* 1548. *tit. cod. pag.* 62. *&* *de anno* 1551. *pag.* 79. *Vers.* Wie wol auch. *& Vers. seq. &* Vers. Zu dem wollen, &c. Andr. Gail. *d. lib.* 2. *observ. pract. observ.* 5. *num. ult.* De usura Iudæorum Vide latè differentem Marquardum de Susannæis *in tract. de Iudæis, & aliis infidelibus*, Menoch. *consil.* 300. *nu.* 86. *& seqq. &* Sixt. Medices Theologi Dominicani Venet. *libros tres de fœnore Iudæorum.*

41 Restat Iuris remedium, quo usuræ petuntur. Si ex mora, vel pacto, in initio

initio contractus bonæ fidei adjecto, usuræ debeantur, eadem actione, qua sors petuntur, [a] quod si in sortem tantùm condemnatus sit reus, ulteriùs usuræ peti non possunt. [b] Si ex stipulatione præstandæ sint usuræ, certi condictione petuntur. [c] Et peti possunt etiam post judicium, quo sors petita fuit. [d]

[a] *L. in bonæfides* 13. *C. de usuris, l.* 3. *l.* 4. *C. depositi, l. jurisgentium* 7. *§. quin imò. ff. de pact. l. cùm dotem* 10. *C. de jure dot.* Ioan. Borcholt. *de Usur. cap.* 6. *& cap. ult. num.* 26. *& seq.* [b] *d. l. in bonafides,* ubi Hotoman. 13. *C. de usur. l. si depositi* 4. *Cod. depositi, l. Si per collusionem.* 49. *§.* 10. *ff. de actionibus empti, & vendit. l. quare,* 54. *in princip. vers. usuræ enim, ff. locati,* Ioan. Borcholt. *d. cap. ult. num.* 28. vide Mynsing. *cent.* 1. *obser.* 57. [c] *Institut. de Verbor. obligat. in princ, l. quod in stipulatione* 30. *ff. de usur.* Ioan. Borcholt. *d. cap. ult. num.* 25. [d] *l.* 1. ubi Sichard. *num.* 3. *& seqq. C. de judic.*

FINIS PARTIS PRIMAE.

SOLI DEO GLORIA.

527473

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

527473

Digitized by Google

Digitized by Google